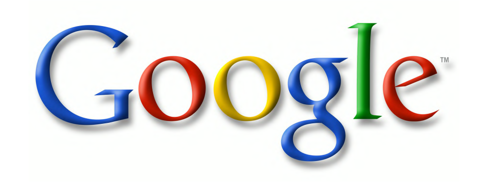





VE
RI
TAS





ÉVOLUTION DU TESTAMENT EN FRANCE

DES ORIGINES AU XIIIE SIÈCLE

PAR

HENRI AUFFROY

DOCTEUR EN DROIT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1899

ÉVOLUTION DU TESTAMENT
EN FRANCE
DES ORIGINES AU XIII[e] SIÈCLE

ÉVOLUTION DU TESTAMENT

EN FRANCE

DES ORIGINES AU XIIIe SIÈCLE

PAR

HENRI AUFFROY

DOCTEUR EN DROIT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1899

INTRODUCTION

I

ESPRIT DE L'OUVRAGE. — LE MOT ÉVOLUTION. — LA MÉTHODE

Le titre de cet ouvrage en exprime l'esprit, l'objet et les limites.

Il se propose de retracer une *évolution*, c'est-à-dire l'enchaînement des états successifs par lesquels passe une institution. C'est une vérité d'une évidence banale, que le droit ne reste jamais identique à lui-même, et que chaque siècle, presque chaque année, amène un changement dans les voies diverses où se pressent les phénomènes juridiques. A l'heure actuelle, un nombre considérable d'excellents esprits pensent que ces changements lents et graduels se déroulent selon l'ordre d'une marche régulière et rythmique : toute institution, dit-on, prend son germe dans une institution antérieure, ou tout au moins dans une certaine manière d'être de la civilisation et de la société ; elle est la conséquence logique d'antécédents qui la déterminent nécessairement, et une loi inéluctable de développement intime en pousse à travers les âges la vitalité d'abord fragile, puis plus vigoureuse, plus mûre, jusqu'au jour où une décadence fatale en ruine peu à peu l'énergie épuisée. D'autres au contraire ne voient dans la série des

événements de l'histoire du droit qu'une juxtaposition de créations spontanées : l'homme se fait les institutions dont il a besoin ; aucun lien ne réunit celles du présent à celles du passé ; des unes aux autres il n'y a pas évolution.

Je n'ai pas à m'engager ici dans un débat qui déborde de beaucoup les limites de la pure histoire, et qui met aux prises les parties adverses sur le terrain de la philosophie, peut-être de la métaphysique. Mais j'ai le droit de constater qu'en fait, et pour qui s'en tient à l'observation impartiale des réalités positives, une même institution se présente à des dates différentes sous des traits modifiés. Lorsqu'une conception se fait jour dans la conscience juridique d'une nation, laissant de côté le problème de ses origines, je remarque qu'on n'en tire pas d'abord tout le parti possible ; on ne découvre pas du premier coup d'œil les conséquences variées que l'idée nouvelle renferme dans son sein ; plus tard seulement, on diversifie les applications de cette idée-mère, qui par le contact d'autres notions abstraites ou des incidents de la pratique quotidienne multiplie ses rejetons avec une fécondité croissante. Je retrouve, pendant plusieurs siècles, le même principe reproduit, sous des apparences que les fluctuations des contingences humaines transforment à chaque génération, mais avec une unité substantiellement persistante. Puis le principe s'atrophie, la décomposition de l'écorce atteint le cœur même du fruit. Quelque temps encore j'en cherche les vestiges confus dans un fouillis d'usages indistincts et innommés : bientôt tout est fini, l'institution a vécu. Le temps poursuit sa marche, et après des siècles d'oubli, elle reparaît, prête à fournir une nouvelle carrière : le langage moderne résume les vicissitudes de son succès et de son déclin en disant qu'elle *évolue*. Il ne s'agit pas de faire de ce terme le symbole d'une philosophie, ni d'y mettre la synthèse de systèmes spéculatifs dont l'histoire

fournit les matériaux, mais qu'elle n'a pas pour rôle de construire. Qu'on s'en tienne aux principes de Bossuet, qu'on adopte les vues de Spencer ou de Taine, il faut bien reconnaître, en dehors de toute doctrine *a priori*, qu'en fait d'institutions il est des choses qui changent, que d'autres demeurent ou du moins ne changent que d'un mouvement plus lent et servent pour un temps de support à ce qui change; il faut bien reconnaître dans les phénomènes successifs à la fois des variations et un enchaînement : et c'est précisément ce qu'exprime le mot *évolution*.

Ces observations commandent la méthode qui doit diriger nos recherches. Nous tenons à rester sur le terrain des faits? Commençons donc par déterminer avec précision, minutie, scrupule, les faits que livrent les sources et qui constituent la seule matière sur quoi nous puissions travailler. Analysons les textes laissés par chaque époque pour en extraire une ample provision de détails ténus peut-être, mais en tous cas certains; ce n'est qu'avec cette poussière qu'on peut bâtir une histoire solide.

Mais tout n'est pas fini quand on a ramassé une collection plus ou moins abondante de renseignements concrets et individuels. Il ne suffit même pas de les classer méthodiquement; il faut les coordonner, les relier, les fondre, et pour ainsi dire tracer le dessin dont ils pointillent le contour. L'imagination, bien entendu, ne saurait emporter l'historien en dehors de la vérité : il est tenu de suivre son pointillé, c'est-à-dire de s'astreindre à la logique des faits dont il a jalonné sa route. L'idéal serait même de ne rien avancer qui ne fût fondé sur des documents avérés. Trop souvent, par malheur, on se heurte à des ignorances que ne vient dissiper aucune preuve certaine. Il n'est pas interdit en ce cas de demander au raisonnement un secours que refusent les sources, mais avec la prudence que

commande le maniement d'un instrument dangereux. Si la lacune que les textes laissent dans nos connaissances est étroitement cernée de points solidement acquis, il est possible qu'une ingénieuse induction nous conduise à un résultat qui impose la conviction. Plus généralement nous serons réduits à des hypothèses; et c'est alors qu'il importe de rester sur une réserve loyale, pour ne pas affirmer ce qu'on ne fait que soupçonner, et surtout pour ne pas s'abuser soi-même en s'attachant à des conjectures simplement probables comme à d'inattaquables postulats.

Ce travail de reconstitution, délicat et capital, ne marque pas encore le dernier terme de l'activité historique. Une fois l'évolution retrouvée et décrite, il convient d'en rechercher les causes, c'est-à-dire de l'intégrer dans la série des phénomènes sociaux, d'en déterminer les rapports avec les évolutions concurrentes, de découvrir comment elle est influencée par les autres éléments de la vie nationale, dans quelle mesure aussi elle réagit sur eux. C'est toujours faire œuvre d'observation : la recherche des causes ainsi entendue relève des méthodes *a posteriori* et de la science positive. Il ne nous appartient pas de nous élever plus haut. Nous devons laisser à des disciplines supérieures le soin de discuter si des lois fatales gouvernent par le jeu de forces irrésistibles la marche des sociétés; ou, si la liberté souveraine des individus produit seule et en dehors de tout plan préconçu la multitude des faits que nous systématisons après coup; ou si d'aventure, comme l'enseignait Bossuet, une Providence n'aurait pas fixé de toute éternité le but vers lequel sont poussés les Empires, sous l'effort des libres volontés humaines paraissant à l'heure et dans les conditions réglées par la Sagesse divine, pour que leur indépendante activité, dont cette Sagesse prévoit le sens et les effets,

concoure même malgré elle à l'accomplissement de ses desseins infinis.

II

OBJET DE L'OUVRAGE. — DÉFINITION DU TESTAMENT

L'institution que nous nous proposons d'étudier, dans cet esprit et par ces procédés, c'est le testament. Nous avons besoin tout d'abord d'en démêler les caractères et d'en pénétrer la nature.

Modestin définit le testament (1) : « Une manifestation régulière de volonté, par laquelle une personne donne des ordres pour l'époque qui suivra sa mort » (2). La phrase est vague (3), et indique à peine qu'il s'agit d'une opéra-

(1) Les Romains aimaient à dire que le mot *testamentum* venait de *testatio mentis*, attestation de volonté (Servius Sulpicius, cité par Aulu-Gelle, VII, 12 : — Ulpien, XX, 1 ; — Institutes de Justinien, II. 10, pr.). — Mais Aulu-Gelle, l. c., se moquait déjà de cette étymologie : faudra-t-il voir de même, demande-t-il, le radical *mens* dans *calciamentum*, *paludamentum*, *pavimentum*, *vestimentum* ? — Cependant il est incontestable que *testamentum* dérive de *testis*, témoin. MM. Bréal et Bailly (*Dictionnaire étymologique*, v° *testis*, p. 394) expliquent cette circonstance par le cérémonial du testament *calatis comitiis* : le testament primitif était essentiellement une « prise à témoin ». Cf. Cuq, *Institutions juridiques*, p. 281 et note 1 ; — Girard, *Manuel de droit romain*, 2e éd., p. 778 et note 1 ; — Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6e édit., t. III, § 538, note 2, p. 29.

(2) D. XXVIII, 1, fr. 1 : Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

(3) Ulpien disait avec une précision plus savante, XX, 1 : Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat.

tion juridique. Les rédacteurs de notre Code civil ont dit plus nettement, art. 895 : « Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer. » C'est une excellente *description*, et le législateur de 1804 n'a sans doute pas prétendu faire autre chose ; mais ce n'est pas la *définition*, exprimant, comme disent les philosophes, l'essence de l'objet auquel elle s'applique. Trop d'idées sont groupées dans une proposition qui avant tout doit être simple, et par contre on ne voit pas se dégager la conception profonde dont procède l'action testamentaire. Nous croyons mettre au jour ce *substratum* trop souvent inaperçu en définissant le testament, l'acte par lequel la volonté d'un mort crée, transmet ou éteint des droits (1).

(1) Il est intéressant de comparer les définitions ou analyses proposées par les savants des différents pays. M. Girard (*Manuel*, 2e éd., p. 778), écrit, en traduisant Ulpien « le testament est... un acte légal de dernière volonté fait en termes solennels afin de produire effet après la mort. » Et il ajoute, au point de vue spécial du droit romain : « C'est un acte de dernière volonté contenant l'institution d'un héritier. » Windscheid s'était exprimé en termes identiques (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6e éd., t. III, § 538 et note 2, p. 29). — MM. Aubry et Rau ne s'occupent que du droit français (4e éd., t. VII, p. 9) : « Le testament est une déclaration de dernière volonté, et toujours révocable, contenue dans un acte instrumentaire revêtu de certaines solennités, par laquelle une personne (le testateur) dispose, pour le temps où elle ne sera plus, en faveur d'une ou de plusieurs autres personnes (légataires), soit de la totalité ou d'une partie aliquote de ses biens, soit d'objets déterminés, ou impose, dans son propre intérêt, certaines charges à ses héritiers. » - Pour M. Heusler (*Institutionen des deutschen Privatrechts*, t. II, p. 642 et sq. : notamment p. 626), le testament est une disposition unilatérale de dernière volonté. Les éditeurs du nouveau Code civil allemand disent de même : « On appelle testament toute disposition de dernière volonté, contenant ou non une institution d'héritier. » (*Bürgerliches Gesetzbuch*, éd. Achilles, p. 590, avec renvoi aux §§ 1937 et s.) — On lit dans le Code civil italien, art. 759 : « Le testament est un acte révocable, par lequel une personne, suivant les règles établies par la

On ne saurait trop remarquer l'étrangeté et l'audace d'une pareille notion (1). En thèse générale, l'expansion des facultés extérieures de l'homme ne s'étend pas au delà des bornes de sa vie ; les contrats ne se forment qu'entre personnes présentes, et lorsque le pollicitant décède avant l'acceptation de son partenaire, aucun lien de droit ne peut plus se former, parce que l'offre du défunt a été entraînée dans l'abîme avec sa volonté évanouie (2). Au cas de tes-

loi, dispose pour le temps où elle aura cessé de vivre, de tout ou partie de ses biens en faveur d'une ou de plusieurs personnes. » (Trad. Prudhomme) — MM. Pollock et Maitland insistent sur les caractères distinctifs de l'acte en cause (*History of English Law*, t. II, p. 313) : « Un testament doit avoir au moins l'une des trois qualités suivantes. En premier lieu, ce doit être un acte révocable. Secondement ce doit être un acte ambulatoire. Nous entendons par là qu'il doit être capable de transférer (sans que d'ailleurs un pareil transfert se réalise nécessairement dans tous les cas) une propriété qui n'appartient pas au testateur lorsqu'il rédige ses dernières volontés, mais qui lui appartiendra au moment de sa mort. Pour exprimer la troisième qualité, nous n'avons pas de dénomination technique ; mais peut-être nous pardonnerait-on de l'appeler la qualité inhérédante du testament : cet acte peut créer un héritier ; ou en d'autres termes (puisque l'histoire même d'Angleterre nous interdit ici l'usage de ce mot), il peut instituer un représentant du testateur. »

(1) Voir Glasson, *Eléments du Droit français*, t. I, p. 460. J'extrais notamment cette citation de Voltaire : « On ouvre un testament, les premiers mots sont lus : Je veux, on dit encore : Je veux quand on n'est plus ! » — Leibnitz, (*Nova methodus discendæ docendæque jurisprudentiæ*, cité par Franck, *Philosophie du Droit civil*, p. 199) conclut de cette idée que le testament suppose la croyance à l'immortalité de l'âme. Voici comment on peut présenter le raisonnement : la transmission testamentaire implique l'activité juridique d'un mort et le respect de la volonté de ce mort ; or le néant n'est pas actif et on n'obéit pas au néant : donc le mort n'est pas anéanti. — La conséquence de cette remarque est qu'un peuple qui se débarrasserait complètement des doctrines spiritualistes devrait logiquement rayer le testament de ses codes, conformément à la parole de Robespierre : « L'homme peut-il disposer de cette terre qu'il a cultivée, lorsqu'il est lui-même réduit en poussière ? » (cité par Glasson, *l. c.*, p. 460).

(2) Voir Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, 4e éd., t. II, p. 557. — Aubry et Rau, 4e éd., t. IV, p. 292 et note 15. — Demo-

tament, au contraire, non seulement la mort n'anéantit pas la puissance de la volonté, mais elle la crée. C'est seulement au moment où l'individu est devenu inerte, où sa personnalité s'est dissipée, que se produisent les résultats qu'il a décrétés. Sans doute il a déclaré de son vivant quelles transmissions de droits il projetait ; mais il ne les veut efficacement qu'à l'instant qui suit sa mort. Marcellus (1) caractérisait la donation par ces mots : *præsens præsenti dat* : on pourrait résumer les effets du testament en transposant : *mortuus vivo dat*.

La conséquence du principe est simple : tant que le disposant n'a pas rendu le dernier soupir, il peut à son gré compléter, modifier ou supprimer les prescriptions qu'il a rédigées. On traduit couramment cette idée en disant que le testament est révocable. Le terme est en effet commode, et nous n'hésiterons pas à nous en servir : mais en rigoureuse analyse il n'est pas parfaitement exact. On ne révoque que ce qui existe ; or avant la mort le testament n'existe pas : il y a peut-être un écrit matériel ; il n'y pas d'acte juridique.

Le testament est un acte unilatéral (2). Notre définition l'indique en ne signalant que la volonté du mort comme agent des effets qu'il s'agit de réaliser : cette volonté développe sa pleine énergie sans attendre le consentement des personnes intéressées à ses décisions. On ajoute volon-

lombe, t. XXIV, p. 60. -- Windscheid, *Pandekten*, t. II, § 307 et note 9, p. 187. — Le contraire, il est vrai, est enseigné par MM. Regelsberger (*Pandekten*, § 150 et note 18, p. 551) et Saleilles (à son cours). Mais c'est la doctrine de novateurs hardis, qui préparent une refonte complète du système des contrats.

(1) D. XXXIX, 6, fr. 38.

(2) Voir par exemple Glasson, *Éléments du droit français*, t. I, p. 160. -- M. Heusler (*l. c.*, t. II, p. 642 et sq) s'attache à ce point avec une insistance particulière.

tiers que le testament est un acte à titre gratuit (1); et en l'unissant aux donations, le Code civil semble autoriser cette doctrine. Mais il ne faut pas oublier que la division qui oppose les actes à titre gratuit aux actes à titre onéreux n'est pas une *summa divisio* (2) : le testament reste en dehors de ses cadres. S'il contient surtout des libéralités, ce n'est pas l'objet exclusif auquel il soit consacré, et on l'utilise par exemple pour des nominations de tuteur (3) ou des règlements de sépulture (4).

Il serait aisé d'allonger la liste des qualités normales d'un testament : c'est par nature une œuvre purement individuelle, et on se le représente malaisément émané de volontés conjointes ; on aimera à le tenir secret pour en rester maître absolu et le modifier sans embarras (5). Mais ce ne sont là que des circonstances contingentes, des convenances, non plus des nécessités imposées par la logique de l'institution.

(1) Baudry-Lacantinerie, *l. c.*, 4e éd., t. II, p. 246, 250 et 251. — Demolombe, t. XVIII, p. 16 et 41. — Pour Pothier, le testament est l'acte qui contient des « donations testamentaires ». Voir *Coutume d'Orléans*, Introduction au titre XVI, section I, n° 1 (éd. Bugnet, t. I, p. 400) ; et *Traité des donations testamentaires*, article préliminaire (éd. Bugnet, t. VIII, p. 225).

(2) Cette vérité se dégage du cours de M. Bufnoir, qui remarquait surtout combien il serait dangereux d'étendre les définitions des art. 1185 et 1106, C. c., au delà du domaine limité pour lequel elles ont été écrites.

(3) C. c., art. 392, 397, 398.

(4) Voir Aubry et Rau, 4e éd., t. VII, p. 12. — Windscheid, *Pandekten*, 6e éd., t. III, § 538, p. 30. — M. Boistel (à son cours) fait observer en outre qu'il est licite de grever un légataire de charges absorbant la valeur totale de son legs.

(5) M. Lefebvre, à son cours.

III

LIMITES DE L'OUVRAGE DANS L'ESPACE ET LE TEMPS. — PLAN

Je ne suivrai le testament que dans une portion limitée de son histoire. et j'ai tenu à localiser exactement mon travail dans l'espace et dans le temps.

Je ne m'occupe que de la France, c'est-à-dire des territoires qui aujourd'hui ressortissent à la souveraineté de l'État français. Assurément, de Clovis à Charlemagne et à saint Louis. bien des remaniements ont déplacé les frontières, si ce mot conserve un sens à certaines époques où le roi, qui ne gouverne pas, a même l'air de ne pas régner. Mais il y a intérêt à déterminer d'ensemble le droit de tous les pays qui, à l'heure présente, forment notre Patrie, et qui en définitive n'ont jamais cessé d'être unis par des parentés, inconscientes parfois mais réelles toujours, de sang, de langue, de religion et de caractère. J'ai évité, de parti-pris, toute digression de droit comparé. Je n'avais pas l'ambition d'élaborer une synthèse qui planerait sur l'ensemble des sociétés humaines ; mon but était simplement d'éclairer un coin de notre histoire nationale : quel secours pouvais-je espérer des civilisations athénienne, égyptienne ou hindoue ? Ceux qui concluent de l'existence de certains courants dans un milieu donné à des tendances analogues dans un autre milieu partent d'une idée préconçue. Ils jugent que des lois symétriques dirigent partout l'évolution sociale, et c'est une thèse qui n'est pas démontrée ; nous n'avons pas le droit de la mettre à la base de raisonnements scientifiques. Elle ne pourrait appa-



raître, si elle était exacte, qu'au terme de nos efforts : elle jaillirait du contact des résultats fragmentaires acquis par de patientes investigations. Le rapprochement des monographies peut faire le droit comparé, mais les rapprochements du droit comparé ne font pas les monographies.

Cependant, j'ai dû deux ou trois fois puiser quelque lumière à des sources étrangères à notre sol. Il s'agissait d'époques où les documents étaient rares : je me suis adressé à des peuples voisins, dont les institutions envahissaient notre pays ou au contraire en étaient issues, et j'ai demandé aux lois barbares de Germanie, à Glanville, aux Assises de Jérusalem, des indications qui m'aideraient à retrouver le droit français. Je ne l'ai fait qu'avec discrétion, et j'espère n'avoir pas dépassé la mesure des analogies légitimes.

Je commence mon étude au moment où la France elle-même prend naissance, c'est-à-dire qu'après avoir constaté qu'on ne sait rien des âges primitifs, je me place au temps où le *regnum Francorum* vient d'être fondé par Clovis, pour tracer, dans une première partie, le tableau des idées qui à cette date dominent, en matière testamentaire, les esprits et les mœurs. Puis, parcourant la série des siècles, je suis les variations que subissent les choses et les hommes, scindant le développement, pour plus de commodité, en périodes qui correspondent aux phases successives révélées par l'examen des faits. La seconde partie est consacrée à l'époque franke, c'est-à-dire aux siècles qu'on pourrait appeler germaniques, parce que les éléments nouveaux, apportés par les invasions, ne sont pas encore fondus au sein du monde gallo-romain. Les races conservent une individualité relative et les lois restent personnelles : les concepts barbares se répandent au dessus des notions romanistes ; entre les institutions superposées il y a des mouvements de pénétration réciproque, mais point



de combinaison qui les absorbe mutuellement en un tout unique. Je termine cette période à la fin du IXe siècle, et je passe, dans une troisième partie, à l'époque féodale. Dès le début du Xe siècle, en effet, la féodalité est constituée, la territorialité des Coutumes est certaine, et la société, qui s'appuie sur le double sentiment féodal et chrétien, s'achemine vers une organisation plus régulière et plus adéquate à son principe. Au temps de saint Louis, ce stade de l'évolution est achevé : les forces qui jusque-là se contrariaient en un antagonisme farouche, et qui recommenceront dès le XIVe siècle leur lutte stérilisante, se pondèrent temporairement en un équilibre harmonieux et fécond. Un peu de paix interne repose la France, et les jurisconsultes formulent la doctrine d'institutions que la pratique des âges antérieurs avait constituées par un travail pénible et parfois incohérent. J'ai voulu, dans une quatrième partie et par un tableau symétrique de celui du début, fixer les grands traits de l'acte testamentaire à cette époque d'arrêt qui rayonne autour de 1270.

Des divisions chronologiques comme celles que je viens d'indiquer ont forcément quelque chose d'un peu artificiel ; elles ne s'adaptent qu'approximativement aux mouvements complexes de l'histoire, qui se recouvrent les uns les autres en ondulations sans fin. Mais c'est une nécessité de l'esprit humain d'analyser pour comprendre, et de soumettre ses études à d'inflexibles lois de succession. J'ai même cru d'une bonne méthode de déterminer avec une précision arithmétique les bornes dans lesquelles j'enfermais chacune de mes périodes. La première prend fin en 550 ; la seconde en 900 : la troisième en 1240, et la dernière en 1300. Comme principe, je n'ai fait usage, pour la rédaction d'une partie, que des documents datés de l'époque correspondante. Il m'a paru toutefois utile de me départir de cette rigueur, à titre exceptionnel, en faveur

de quelques textes qui retraçaient à n'en pas douter des usages antérieurs.

Chaque partie se divise en titres, selon le parallélisme des tendances qui dominent la France. Aux temps anciens, lorsque le droit est personnel, il est tout indiqué d'isoler les éléments germaniques et romains. Après le IX[e] siècle, une antithèse géographique devient plus naturelle; on peut commencer à opposer les provinces du Nord à celles du Midi.

Les titres à leur tour se partagent en chapitres, de façon à détailler la variété des traits qui composent la physionomie du testament. Il faut examiner séparément les règles de fond, les règles de forme, les conditions où s'exerce le droit de tester, les questions de compétence et la fonction sociale de l'acte à cause de mort. Ces sujets divers, en reparaissant dans les titres successifs, devraient, semble-t-il, se présenter toujours dans un ordre immuable. Cette belle régularité est sans doute séduisante, et je la crois indispensable aux œuvres didactiques, destinées à se graver rapidement dans les mémoires. Mais elle est inadmissible dans un livre dégagé de pareilles prétentions, parce qu'elle n'est pas vraiment scientifique. Un exemple suffit à le prouver. Pour le VI[e] siècle, nous possédons sous le nom de *Lex Romana Wisigothorum* un code complet et rigide, dont la sévère réglementation n'admet point de fantaisie. Il propose aux individus un instrument aux vives arêtes, approprié à des fins déterminées : les volontés particulières sont tenues de se plier à ces conditions d'action; sinon, c'est elles qui sont brisées. Rien de plus naturel que de prendre avant tout une connaissance complète de l'outil tyrannique; ensuite seulement on se demandera comment il a été manié, on cherchera dans les rares textes concrets qui nous sont parvenus la trace des essais tentés

par les contemporains pour l'accommoder à leurs nouveaux besoins. Faudrait-il s'astreindre au même processus en abordant l'époque féodale, alors que la volonté des mourants, dirigée par la religion, est la souveraine du droit, et que leurs pieuses intentions se réalisent coûte que coûte, par des procédés de hasard, au travers des flottements d'une technique sans consistance ? N'est-il pas évident que la première étude doit être celle de cette inspiration toute puissante, et que le mécanisme qu'elle façonne à son service ne vient logiquement qu'en second lieu ? L'historien n'a pas pour mission de créer *a priori* des cadres inextensibles où il enchâsse de force événements et institutions. Son rôle est de saisir la souplesse parfois fuyante des faits et de se conformer au modelé de leurs contours. Non seulement ce qu'il dit apprend les choses passées, mais la façon dont il les dit doit en donner l'impression. Il faut qu'on sente dans l'ordre et le relief relatif de ses expositions le jeu des causes et des effets, les luttes et les unions des énergies sociales. C'est ainsi que l'histoire, qui par ses modes d'investigation se rattache au monde des sciences, appartient au domaine de la littérature par ses procédés de composition : savant quand il cherche, l'historien devient artiste quant il écrit. J'aimerais que dans son style même on sentît revivre les époques disparues. Mais il serait trop dangereux pour moi de m'attarder à ce portrait idéal, en préface d'une humble monographie qui ne vaut que par un travail patient et consciencieux. J'ai tenu simplement à justifier par avance, dans le plan qui m'a guidé, des oscillations dont on se serait peut-être étonné ; il faut les accepter comme une nécessité, parce qu'elles seules reproduisent l'inégal balancement des réalités historiques.

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES

ÉLÉMENTS ROMAINS ET GERMANIQUES

Les Gaulois, avant la conquête de César, connaissaient-ils le testament? (1). Les érudits modernes soutiennent assez volontiers la négative, en se fondant sur deux arguments.

On invoque d'abord un texte de César (2), qui proclame la compétence des druides dans les procès relatifs aux hérédités, *hereditas*. César, remarque-t-on, était versé dans la science juridique ; le témoignage de ses biographes en fait foi (3). Or, techniquement, *hereditas* désigne l'hé-

(1) Voir sur cette question : Boissonade, *Histoire de la réserve*; p. 131 et sq. — Glasson, *Histoire du droit et des instit. de la France*; t. I. p. 116.

(2) *De bello Gallico*, livre VI, § 13 (éd. Lemaire, t. I. p. 247). César dit en parlant des druides : « Nam fere de omnibus controversiis publicis privatisque constituunt ; et, si quod est admissum facinus, si caedes facta, si de hereditate, si de finibus controversia est, iidem decernunt ».

(3) Suétone, *J. César*, c. LV (éd. Lemaire, t. I, p. 888). Mais ce passage, relatif au talent oratoire de César, ne contient aucune allusion directe à ses connaissances juridiques. Il est vrai que Suétone, à la suite de Cicéron et de Cornelius Nepos, loue son héros d'être en ses discours *elegans* et *ornatus* ; avec un peu de complaisance, l'*elegantia verborum* peut s'entendre de la propriété des expressions.

rédité légitime par opposition à l'hérédité testamentaire (1). Si donc César se contente de mentionner l'*hereditas*, sans plus amples développements, c'est que la succession légitime était seule connue des Gaulois, et qu'ils ignoraient le testament. L'argumentation est assurément ingénieuse ; le texte qu'elle interprète émane d'un historien qui mérite toute confiance ; mais, quelque digne de foi que puisse être César, n'exagère-t-on pas ici le respect dû à ses œuvres ? On se refuse à soupçonner sous sa plume la moindre imprécision ; on commente toutes ses paroles et même son silence. En vérité c'est être trop habile que de lire dans un ouvrage ce que l'auteur n'a pas écrit.

Un autre texte paraît tout d'abord plus positif et plus formel. Symmaque, préfet de Rome, écrit à Ausone, originaire de Bordeaux : *gignuntur, non scribuntur heredes*. La traduction ne semble pas douteuse : « C'est la naissance, non la volonté de l'homme, qui crée les héritiers. » Mais il a suffi à M. Chambellan (2) de rapprocher cette phrase du contexte et de lire la lettre intégralement pour en renverser l'interprétation. Le passage est sans aucune portée juridique ; il est extrait d'un développement purement littéraire qui doit se traduire d'ensemble : (3) « La race

(1) Voir Cicéron, *Topica*, VI (éd. Lemaire, t. I, p. 528). Cicéron définit le mot dans les termes suivants : « Hereditas est pecunia, quæ morte alicujus ad quemquam pervenerit jure, nec ea aut legata testamento, aut possessione retenta ».

(2) Voir Boissonade, *l. c.*, p. 157, note *e*.

(3) Symmaque, *Epistolæ*, I, 15 (édition de Leyde, 1653, p 31). Symmaque, en écrivant à Ausone, fait l'éloge d'un rhéteur du nom de Palladius. « Opinione mea dico : tam probus est oratione, quam moribus. Tunc nostrates viri, qui inter se aliarum rerum sæpe dissentiunt, concordem sententiam super hujus laude tenuerunt. Credo plane, nec fides cassa est, rhetorum hanc esse prosapiam. Nam plenum ingenio pectus noscitur. Nec solus vultus, aut colos, asserit posteros in honorem parentum. Certiores habet natura vindicias bene sentiendi, ac bene loquendi. Gignuntur, non scribuntur heredes. Quod alii docentur, hic natus est ». — M. Boissonade s'ima-

ne se manifeste pas seulement par le teint et les traits du visage, on la reconnait encore et surtout à la transmission héréditaire du don de bien penser et de bien dire ; il y a là une hérédité que la naissance seule procure, et sur laquelle le testament ne peut rien ».

Sans chercher un secours chimérique dans les lois galliques d'Hoël, rédigées plus tard, pour une autre région, et largement mêlées de traits germaniques, nous laisserons aux amateurs d'hypothèses préhistoriques le soin de conjecturer à leur fantaisie quel pouvait être chez les Gaulois le rôle de la volonté humaine dans la dévolution des successions : nous nous résignerons à avouer notre ignorance, et nous nous consolerons en pensant que la civilisation — ou la barbarie — gallo-celtique n'a exercé aucune influence sur le développement ultérieur de notre droit. Les institutions des âges primitifs ont disparu sans laisser de trace. Ce qui distingue en effet le tempérament gaulois, dès le temps de César, c'est la mobilité des impressions, la recherche des idées nouvelles, la facilité à se plier sous de nouveaux jougs (1). On conçoit alors que nos ancêtres aient si aisément renoncé à leurs usages, pour subir l'influence des peuples qui ont conquis leur sol ; c'était rester eux-mêmes que d'adopter les mœurs des envahisseurs.

Aussi la Gaule fût-elle, après César, intimement romanisée. Les institutions des vainqueurs s'implantèrent et s'acclimatèrent chez les vaincus. Tout d'abord, il est vrai,

gine que ce Palladius était comme Ausone originaire de Bordeaux ; rien n'est moins certain : voir *Histoire littéraire de la France*, t. II, p. 298.

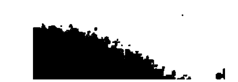
(1) César, *l. c.* : « Qui mobilitate et levitate animi novis imperiis studebant ; II, 1. — Ut sunt Gallorum subita et repentina consilia ; II, 8. — Omnes fere Gallos novis rebus studere : II, 10. — Sunt in consiliis capiendis mobiles, et novis plerumque rebus student ; IV, 5 — *Adde* II, 19.

le *jus civile romanum*, réservé aux seuls citoyens, ne s'appliquait qu'à un nombre restreint de Gaulois; les autres restaient soumis à leurs coutumes indigènes, selon la conduite habituelle de Rome envers les pérégrins. Mais le droit de cité leur fut accordé avec un libéralisme croissant, et après l'édit d'Antonin Caracalla (212) (1), qui en fit la concession générale aux habitants des provinces, ce sont vraiment les lois romaines qui gouvernent la Gaule. Sans doute les usances locales subsistent dans une certaine mesure, et, pénètrant dans le droit importé d'Italie, le nuancent de reflets nouveaux (2); mais en ses traits essentiels le droit romain conserve sur le sol conquis son aspect propre, sa couleur caractéristique : il s'est imposé à tous les sujets de l'Empire, et au ve siècle, sous le rapport juridique comme sous tous les autres, la Gaule est depuis longtemps romaine (3). Elle est en même temps chrétienne, et submergée chaque jour davantage par le flot montant de cette religion puissante qui, venue de l'Orient, s'est lentement infiltrée dans l'Empire, et déborde maintenant au delà de Rome sur les provinces occidentales. C'est alors que les tribus germaniques s'établissent sur notre territoire, apportant avec elles leurs conceptions et leurs institutions propres. Elles se convertissent au christianisme; et lorsque, au début du VIe siècle, le royaume des Francs, après celui des

(1) Voir Girard, *Manuel*, 2e éd., p. 111 et notes 4 et 5.

(2) Voir Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 3e éd., p. 1.

(3) Tacite constatait déjà cette romanisation pour le premier siècle, et il la signalait dans le célèbre discours qu'il met sur les lèvres de Claude devant le Sénat : Jam moribus, artibus, adfinitatibus nostris mixti, dit-il en parlant des Gaulois (*Annales*, XI, 24). — Pour la même époque, le testament du Lingon (rapporté dans Bruns, *Fontes Juris*, 5e éd., p. 297), atteste la pénétration des usages romains dans le domaine qui nous intéresse spécialement.



Wisigoths et des Burgondes, est définitivement fondé, on trouve réunis sur notre sol tous les éléments ethniques ou sociaux dont le développement et la fusion constitueront notre histoire: l'élément gaulois, dont on a tout dit lorsqu'on a rappelé que l'esprit français est resté l'esprit gaulois: l'élément romain et l'élément germanique, qui nous ont fourni les concepts essentiels de notre organisation nationale: enfin les enveloppant tous, le souffle chrétien, qui par une lente action, continuée pendant plusieurs siècles, va les pénétrer, les unifier et les transfigurer.

L'étude du testament dans son évolution historique en France nous montrera cette vérité générale vérifiée sur un point particulier. Notre rôle se bornera à enregistrer l'action réciproque des influences romaines, germaniques ou chrétiennes: nous verrons se déformer au cours des âges les institutions mises en contact après les invasions. Mais à cette époque initiale, au début du VI[e] siècle, les facteurs de notre droit, quoique tous en présence, sont cependant nettement séparés, et ils se maintiennent tels grâce au système de la personnalité des lois: les Gallo-Romains dans les royaumes barbares continuent d'user des règles romaines, et les Germains de chaque tribu gardent leurs coutumes indigènes. On procède à la rédaction des unes comme des autres, et ces *Leges Romanorum* ou *Barbarorum*, dont le texte nous est parvenu, nous renseignent assez complètement sur l'état du droit à ce moment. Si l'on joint à ces sources législatives les indications fournies par quelques documents de pratique, on peut se faire, à l'instant même où commence notre histoire, une idée relativement précise des données juridiques dont se déduiront nos coutumes. Recherchons donc s'il existait un testament, dans quelle mesure et sous réserve de quelles règles, d'abord pour les Gallo-Romains, ensuite pour les Barbares.



TITRE I

LE TESTAMENT DES GALLO-ROMAINS

Avant de dégager en matière testamentaire les règles romaines usitées en Gaule au début du VIe siècle, il convient d'indiquer par qui elles étaient utilisées : étant donné le système de la personnalité des lois, qui devait se dire juridiquement romain (1) ?

Le principe est aussi simple que certain : chaque individu suit la loi de sa naissance, c'est-à-dire la loi de son père s'il est issu d'un mariage légitime, celle de sa mère dans le cas contraire. Mais une exception très naturelle se présente lorsqu'une femme gallo-romaine épouse un barbare : tombée sous le *mundium* de son mari, elle passe en même temps sous la loi nationale de celui-ci, perdant ainsi son statut originel. En outre, le principe est inapplicable aux affranchis : esclaves à leur naissance, ils n'ont pu recevoir de leurs parents une personnalité que ceux-ci n'avaient pas ; il faut donc se placer au jour de leur entrée dans la vie juridique, c'est-à-dire au jour où ils reçoivent la liberté, pour déterminer leur nationalité. On se réfère au mode de leur affranchissement ; ce mode est-il emprunté au droit barbare? L'affranchi est barbare. Il est au contraire

(1) Cf. Esmein : *Hist. du droit*, 3e éd., p. 57 et sq. — Stouff : *Étude sur le principe de la personnalité des lois*. — Brunner. *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. I, p. 259 et sq.

romain, si c'est un procédé romain qui a brisé ses liens de servitude (1).

L'Église, considérée comme corps, n'avait pas non plus, à proprement parler, de loi d'origine : mais elle appartenait au monde romain par son organisation comme par la culture de ses évêques ; tandis que la civilisation romaine se décomposait peu à peu, elle en conservait le souvenir et d'imposants vestiges. Il était donc conforme à l'esprit du système des lois personnelles de la considérer comme un être juridique romain : et les textes nous apprennent effectivement, en termes formels, que la loi romaine était la loi personnelle de l'Église (2).

On a cru longtemps qu'il en était de même pour les clercs pris individuellement : en s'unissant à l'Église aussi intimement que l'époux s'unit à l'épouse, ils auraient reçu communication des qualités juridiques de la puissante société qui les recevait en son sein. Mais cette opinion est aujourd'hui vivement combattue, et des auteurs considérables pensent que l'entrée dans les ordres n'influait pas sur la nationalité du sujet (3).

Lorsqu'on veut se faire une idée de ces règles romaines, qui s'imposaient alors à un nombre considérable d'habitants de notre sol, c'est en premier lieu la *Lex Romana Wisigothorum*, couramment nommée *Bréviaire d'Alaric*, qu'il faut consulter (4). Sans doute ce recueil, promulgué

(1) Lex Rip., LXI, § 1, 2. — LVIII, § 1.

(2) Premier concile d'Orléans, en 511, c. 1 (Mon. Germ. Concilia, t. I, p. 2) : id constituimus observandum quod ecclesiastici canones decreverunt et lex romana constituit. — Lex Rip., LVIII, § 1 : secundum legem Romanam, quam Ecclesia vivit.

(3) Cf. Loening, *Geschichte des Deutschen Kirchenrechts*, t. I, p. 286 et sq. — Stouff, *l. c.*, p. 12 et sq., — Brunner, *l. c.*, t. I, p. 269.

(4) Éd. Hænel, Leipzig, 1849. — Un nouveau palimpseste a été découvert en 1887 en Espagne, et l'Académie de Madrid en a publié la

en 506 par le roi des Wisigoths, n'avait officiellement force de loi que dans les pays soumis à ce prince; mais il se répandit dans toute la Gaule, fut reçu avec la plus grande faveur, et devint pour les populations l'expression vénérée du droit romain. Lorsque dans une charte ou une formule on fait allusion à la *Lex Romana*, c'est ordinairement au Bréviaire d'Alaric qu'on entend se référer (1). Les textes groupés dans cet ouvrage, constitutions impériales ou citations de jurisconsultes, sont accompagnés d'une *interpretatio* dont l'origine n'est pas encore nettement déterminée. On y a vu longtemps l'œuvre des commissaires d'Alaric (2); la critique allemande la plus récente incline à croire qu'elle sortit des écoles des [illegible] et [illegible] siècles (3). Toujours est-il que cette *interpretatio* nous met au courant des déviations imposées au droit officiel par la pratique du temps : et le Bréviaire dans son ensemble constitue pour nous la mine de renseignements à la fois la plus riche et la plus sûre.

Nous [illegible] faire état également de la *Lex Romana Burgundionum* (4) ou *Papien* : comme le nom l'indique, c'est [illegible] de la *Lex Romana Wisigothorum*, à [illegible] Gallo-Romains du royaume burgonde. Mais [illegible] Papien fut beaucoup moins considérable que [illegible] Bréviaire : il est resté au second plan, dans la

[illegible]

pénombre, éclipsé par l'éclat de son très populaire concurrent (1).

L'*Édit de Théodoric* (2), rédigé en l'an 500 pour le royaume gothique d'Italie, ne joua qu'un rôle moindre dans la vie juridique de notre pays. C'est d'ailleurs une loi territoriale, applicable à tous les sujets de la domination ostrogothique. Toutefois elle consacre les principes romains, et peut éclairer de quelque lumière l'évolution des vieilles doctrines en Occident, après les invasions (3).

Quant au droit de Justinien, il est aujourd'hui constant que de très bonne heure il fut plus ou moins complètement connu de l'Occident. C'est surtout par l'intermédiaire de l'*Epitome novellarum* de Julien qu'il a pénétré dans nos contrées. Mais l'influence exercée par les compilations Justiniennes sur le droit privé de l'empire franc est nulle ou très réduite. Savigny avait cru découvrir les traces (4) de cette action dans le formulaire de Marculfe; M. Jarriand établit que la preuve n'est pas fournie d'une manière décisive (5).

Les documents de pratique, qui permettent seuls de saisir la physionomie vivante d'une institution, sont rares pour l'époque qui nous occupe : un très petit nombre de testaments concrets (6), les procès-verbaux d'ouverture d'actes conservés par les *papyrus de Ravenne* (7); peut-

(1) Voir Esmein, *l. c.*, p. 112. — Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. I, p. 354.

(2) Pertz, *Leges*, t. V, p. 145 et sq.

(3) Cf. Savigny, *l. c.*, t. II, p. 104 et sq. – Brunner, *l. c.*, t. I, p. 365.

(4) Savigny, *l. c.*, t. II, p. 80.

(5) Jarriand, *Histoire de la Novelle 118*. Thèse de doctorat : Paris 1889, p. 87 et sq.

(6) La plupart sont publiés dans la collection des *Diplomata* de Bréquigny, rééditée par Pardessus.

(7) On les trouve in extenso dans Spangenberg : *Juris Romani tabulae negotiorum solemnium*, p. 95 et sq. — Un de ces procès-verbaux figure parmi les *Textes* de M. Girard, 2e éd., p. 729.

être les *formulæ Andecavenses* (1); voilà tout, et c'est peu. C'est assez néanmoins pour nous fournir de précieuses indications sur le fonctionnement et la portée des actes à cause de mort. Nous utiliserons ces renseignements avec un soin d'autant plus scrupuleux qu'ils sont moins abondants.

Telles sont nos sources. Elles nous révèlent l'existence du testament selon la définition par nous admise : c'est un acte unilatéral, qui opère des effets de droit après la mort de son auteur, et que celui-ci jusqu'au dernier soupir peut modifier ou révoquer librement. La réglementation des conditions de validité et des effets de cet acte reproduit, au moins dans les traits essentiels, le système du droit classique. Nous le constaterons à chaque page de l'étude qu'il nous faut en faire et que nous abordons. Il serait logique de déterminer d'abord les règles de forme, puis d'examiner le contenu du testament et les règles de fond. Mais la variété des procédés romains pour disposer à cause de mort nous oblige, après d'innombrables commentateurs, à nous départir de cet ordre rigoureux. Les legs et les fidéicommis demandent à être décrits d'ensemble, à tous les points de vue. Nous étudierons donc en autant de chapitres :

I. — Les formes de testaments.
II. — L'institution d'héritier.
III. — Les legs et les fidéicommis.
IV. — Les clauses accessoires du testament.
V. — L'exercice et les limites du droit de tester.

(1) Zeumer, p. 1. — Voir Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. I, p. 404 et note 14. — Esmein, *l. c.*, p. 118 et note 2.

VI. — Nous recherchons enfin, dans un dernier chapitre, sous l'empire de quels sentiments les Gallo-Romains du VI[e] siècle rédigeaient leur testament, et quelles autorités exerçaient leur contrôle en cette matière.

CHAPITRE PREMIER

FORMES DES TESTAMENTS

Le Bréviaire d'Alaric et les textes contemporains manifestent la tendance caractéristique du droit romain à toutes les phases de son évolution : le formalisme. La volonté humaine ne peut produire un résultat juridique, c'est-à-dire créer, transmettre ou éteindre un droit sous la sanction de l'État, qu'autant qu'elle s'incarne dans une forme déterminée d'avance et solennelle. Ce principe s'applique avec une rigueur particulière lorsqu'il s'agit du testament, acte exorbitant en soi, puisqu'il conserve aux morts une énergie juridiquement active, et qu'il fait fléchir l'ordre de succession établi par la loi devant l'ordre voulu par un individu. Sans doute, au VIe siècle de notre ère, nous ne trouvons plus dans le détail des solennités du testament la minutieuse rigidité du temps des XII Tables ; l'airain et la balance du testament *per æs et libram* ont depuis longtemps disparu, et les procédés plus récents ont tendu constamment au cours des siècles vers une souplesse plus commode. Mais le principe reste toujours debout; le droit positif met à votre disposition certains moules pour y couler vos volontés et leur donner juridiquement consistance : suivez ces indications, usez des creusets munis de l'estampille officielle ; ou sinon l'État vous ignore, vos opérations n'existent pas pour ses tribunaux, et vos dis-

positions ne recevront pas de la puissance publique la protection que vous entendez leur assurer.

Il faut descendre dans le détail ; il faut étudier les différentes formes admises : — et aussi celles qui ne le sont pas, mais pour lesquelles le contraire a été ou pourrait être enseigné.

I

Absence de testaments publics.

Les Romanistes signalent au Bas-Empire deux variétés de testaments publics (1) : le testament par présentation au prince, *testamentum principi oblatum* ; le testament par déclaration devant les autorités judiciaires ou municipales, *testamentum apud acta conditum*.

Le *testamentum principi oblatum* n'était certainement pas usité dans les royaumes barbares. C'était un acte dont la validité dérivait de l'autorité même du prince : un citoyen lui confiait ses dernières volontés ; ainsi placées sous la sauvegarde du chef de l'État, elles devenaient respectables à tous, et surtout aux magistrats, qui devaient, le cas échéant, en assurer l'exécution. Or, quels textes nous révèlent l'existence de cette forme de testament ? C'est d'abord une constitution de Théodose et Honorius, datée de 413, au Code de Justinien (2). Mais elle ne figure pas au Bréviaire, et par conséquent ne présente pas d'intérêt pour le droit gallo-romain que nous étudions ici. C'est

(1) Girard, 2e éd., p. 792. — Mainz, 5e éd., t. III, p. 241 et 315. — Baron, *Pandekten*, 9e éd., p. 689.

(2) VI, 23, Constit. 19, § 2.

en second lieu une novelle de Valentinien III, de 446 (1), qui contient la reconnaissance du procédé en question. Celle-là est reproduite au Bréviaire (2) ; mais l'interprétation est muette sur le point qui nous occupe. On ne peut donc pas dire que le *testamentum principi oblatum* soit consacré par le Bréviaire : et comme d'ailleurs on n'en trouve trace dans aucun autre document contemporain, il est permis d'affirmer que ce mode de tester n'existe pas dans la Gaule du vi^e siècle. Au reste le raisonnement *a priori* conduit à une conclusion identique : à quel *princeps* aurait-on remis les tablettes du testament ? A l'empereur ? Il est à Constantinople, et les populations gauloises n'ont plus de rapports avec sa cour. Au roi barbare ? On se représente malaisément la chancellerie de ces souverains germaniques recevant et enregistrant des actes qui, nous le verrons, répugnaient essentiellement à leurs traditions nationales. Aussi les auteurs qui étudient les origines de notre droit n'insistent-ils pas sur le testament *principi oblatum*.

Ils sont au contraire très affirmatifs lorsqu'il s'agit de l'autre type de testament public. Il consiste en une déclaration de volonté faite par le disposant soit devant un magistrat judiciaire, soit devant les autorités municipales ; on dresse acte de la déclaration, et le procès-verbal vaut comme testament. L'existence de ce procédé est certaine dans le droit impérial, et surtout dans le droit de Justinien (3). Faut-il en dire autant pour le droit romain des

(1) Éd. Hænel, titre XX, c. 1, § 2.

(2) Nov. de Val. III, titre IV, *De testam.*, c. 1, § 2 : Nam quum liceat cunctis jure civili atque prætorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis judicia suprema componere, procul dubio manebit firmior hæc voluntas, quæ testimonio principis et subscriptione conditoris firmatur.

(3) Voir la Constitution de Théodose et la Novelle de Valentinien précitées : elles mentionnent à la fois le testament *principi oblatum* et le testament *apud acta*.

royaumes barbares ? Savigny le soutient, sans distinction de régions (1) ; mais ses arguments portent à faux en ce qui concerne les monarchies occidentales.

D'après lui, cet usage serait reconnu par le Bréviaire. Or les passages qu'il invoque ne sont pas concluants. Il se réfère à la Novelle de Valentinien dont nous venons de parler. Sans doute le testament municipal s'y trouve mentionné, mais sur le même plan que le testament confié au prince : l'*interpretatio* se tait sur l'un comme sur l'autre. Il n'est pas contesté que pour le testament *principi oblatum* ce mutisme ne corresponde à un non-usage réel. Comment aurait-il une portée différente pour le testament *apud acta* ? Comment ces deux formes, unies dans les indications et dans le silence du texte, auraient-elles occupé en fait une situation antithétique ? — Savigny est moins heureux encore lorsqu'il essaye de s'appuyer sur une constitution d'Arcadius et d'Honorius (2) au *Præfectus Urbis* : celle-là n'est même pas relative aux testaments *apud acta* : il s'agit simplement de l'enregistrement imposé aux testaments privés ainsi qu'à certains autres actes (3). Que telle soit bien la portée du texte, c'est ce que la phrase finale de l'*interpretatio* ne permet pas de mettre en doute : « Quand les dernières volontés des morts n'auront pas été enregistrées, il y aura nullité ». Or personne ne conteste la possibilité pour un testateur de recourir à une forme privée. La formalité exigée

(1) *Hist. du Droit romain au Moyen Age;* trad. Guenoux ; t. I, p. 83 et sq.: t. II, p. 79.

(2) Lex. Rom. Wis. Code Th., IV, 4, c. IV.

(3) Voici l'*interpretatio* de la constitution : Testamenta omnia vel reliquas scripturas apud censuales in urbe Roma voluit publicari, hoc est, ut in reliquis regionibus apud curiæ viros testamenta, vel quæcunque scripturæ actis firmari solent, gestorum allegatione muniantur. Si vero mortuorum voluntates actis reservatæ non fuerint nihil valebunt.

ici ne saurait donc être une formalité intrinsèque, constitutive du testament; c'est l'ouverture publique, postérieure au décès, que visent la constitution et l'*interpretatio*: ce qu'il faut enregistrer, ce sont les dispositions de ceux qui sont déjà morts, *voluntates mortuorum*. Savigny a confondu cette cérémonie posthume avec la confection même du testament; confusion d'autant plus surprenante qu'il l'a lui-même prévue (1), et qu'il avertit les historiens de l'avenir de n'y pas tomber. Nous nous empressons de profiter de la recommandation, et nous constatons que, pour le temps et la région que nous étudions, aucun texte législatif, — pas plus le Papien ou l'Édit de Théodoric que le Bréviaire d'Alaric, — ne consacre le testament *apud acta conditum*.

Passant en revue les documents de pratique, Savigny cite comme favorable à sa thèse la formule 37 du livre II de Marculfe (2). Cette formule, extraite d'un recueil posté-

(1) *L. c.*, t. I, p. 85; t. II, p. 79, note *i*. — On peut découvrir la cause de l'erreur de Savigny en remarquant que, pour le droit de Justinien, il cite comme relative au testament *apud acta*, outre la constitution 19, C. VI, 23, la constitution 18, h. t. Si la référence est exacte pour la constitution 19, elle est fausse pour la c. 18 : celle-ci vise l'ouverture solennelle après décès; ce qui le prouve, c'est qu'elle déclare irrévocables les actes *quæ apud censuale publicari solent*, une fois la formalité accomplie. Seulement le mot *publicari* abuse Savigny : il est préoccupé de cette idée que ce terme peut s'appliquer à la confection même du testament (t. I, p. 85, note *g*). C'est exact, et la constitution 19 en fournit un exemple; mais ce sens possible du verbe *publicare*, n'est pas un sens nécessaire, et, par exemple, dans la c. 2, h. t., cette expression désigne incontestablement une solennité postérieure à la rédaction de l'acte. Il en est de même dans la c. 18. — Mainz l'a compris, et il s'en explique (p. 315, note 6); M. Girard évite aussi la faute, en ne renvoyant pas à la c. 18; quant à Baron, il suit ici les errements de Savigny.

(2) Roz., n° 259. — Zeumer, p. 97 et 98. — Le n° 259 de De Rozière correspond à deux numéros de Marculfe, 37 et 38. Seulement De Rozière divise le document en 3 paragraphes, et il y a en effet trois

rieur de plus d'un siècle aux Leges qui nous occupent, ne suffirait peut-être pas à elle seule à infirmer la conclusion que nous avons dégagée pour le début du VIe siècle. Mais loin de combattre notre raisonnement, elle le fortifie, en présentant une application du texte du Bréviaire que nous venons de commenter, en le montrant mis en œuvre tel que nous l'avons compris. Un individu se présente à la curie et demande l'enregistrement d'un acte, pour le compte et sur la prière d'un ami. Cet acte, c'est une *donatio*, une *cessio* ou un *testamentum*. Toute la difficulté est de savoir si cet enregistrement constituera l'opération en elle-même, ou si ce n'est qu'une formalité subséquente. Poser la question, c'est la résoudre, si on a pris la peine de lire la formule. Remarquez les expressions employées : je dois, dit le mandataire, faire enregistrer la donation *ipsa donatione debeam alligare*. Fais enregistrer, lui a dit le mandant, la lettre par laquelle j'ai disposé de mes biens : *epistolam donacionis aut testamenti seu cessionis, quod de rebus meis illis... post discessum meum, vel si ad præsens, delegavi... eam debeas allegare*. Puis le magistrat ordonne de lire tout haut la donation, la cession ou le testament : *suprascripta donatione, testamentum aut cessione... recitetur*. — Voilà une série de termes qui indiquent bien que l'opération juridique était conclue avant qu'on ne se présentât devant les magistrats municipaux. C'est l'*epistola* qui constitue la donation ou le testament ; elle satisfait déjà par elle-même à certaines conditions formalistes *per ordinem conditas et bonorum hominum manibus roboratas atque signatas*. Il s'agit seulement de l'enregistrer et de la mettre ainsi à l'abri de toute modification comme de toute attaque : *gestis pu-*

parties dans la formule : le récit du dialogue entre l'impétrant et les autorités municipales : — le texte du mandat de l'impétrant : — le compte rendu de l'enregistrement en lui-même.

bliris firmetur. Voyez comme ce cérémonial et les effets qu'on en attend concordent exactement avec la constitution d'Arcadius et Honorius au Bréviaire: *quæcumque scripturæ actis firmari solent*, disait l'interprétation. Nous avons dans Marculfe une de ces *scripturæ* qu'on veut fortifier, *firmare*, par la *gestis alligatio*. C'est d'ailleurs une obligation, car le Bréviaire édicte la nullité des testaments non enregistrés: aussi la formule nous apprend-elle que l'enregistrement est courant: *ut mos est*. Cette incidente serait inconcevable, s'il s'agissait d'un testament *apud acta conditum*; car ce mode de tester, s'il existait, ne serait du moins pas le seul; il ne serait même pas le plus usité: en regard du petit nombre de textes où on a cru en trouver trace, on peut citer en effet une importante série de témoignages relatifs au testament privé. Le dernier soutien de la thèse de Savigny s'écroule donc; et s'il ne fallait pas prouver chaque vérité que l'on affirme, ce paragraphe se serait réduit à un titre et à une phrase: Testament public. — Il n'y en a pas.

II

Formes privées des testaments.

Les formes privées mises à la portée des testateurs sont assez variées à notre époque, et c'est ce qui donne au système formaliste une certaine flexibilité, indispensable aux besoins de la pratique. Nos sources nous indiquent trois procédés pour tester : le testament écrit solennel; — le testament oral; — le testament olographe.

Le testament écrit solennel dérive des antiques procédés de la Rome primitive: il emprunte, il est vrai, des éléments au testament prétorien: mais il se rattache aussi

à la forme archaïque *per æs et libram*. Il est curieux de voir le formalisme, combattu par l'esprit nouveau, survivre toujours, bien qu'affaibli, et de temps à autre, par un vigoureux retour offensif, ramener le droit qui s'assouplit à une rigidité plus sévère. C'est ainsi qu'au temps de Constantin les formalités du testament civil écrit se réduisaient à un mécanisme assez simple (1) : il suffisait de cinq témoins (2), qui d'ordinaire signaient à l'intérieur de l'acte (3). Mais Théodose et Valentinien III, par une constitution de 439, promulguée en Occident en 448, remanièrent complètement la réglementation, en faisant reparaître une rigueur qu'on ne connaissait plus.

Ce texte, qui a passé au Bréviaire d'Alaric (4), comme au Code de Justinien (5), est la loi organique de la matière. On exige la présence de sept témoins, citoyens Romains et majeurs, spécialement convoqués : *rogati* ; un huitième témoin est nécessaire si le disposant ne peut pas signer, faute de savoir écrire ou pour tout autre motif. Peu importe que le testament soit écrit de la main du testateur ou de la main d'un tiers, et antérieurement à la réunion des témoins : la rédaction matérielle de *l'instrumentum* est un préparatif de la solennité, mais ce n'est pas en soi un acte juridique. Ce qui donne valeur au papyrus ou aux tablettes, ce qui les élève à la hauteur

(1) Mainz, 5e éd., t. III, p. 240, no 46 et 47.

(2) Lex Rom. Wis. C. Th. IV, 4, c. 1. In codicillis, quos testamentum non præcedit, *sicut in voluntatibus testamenti*, septem testium *vel quinque* interventum non deesse oportet.

(3) Voir Lex Rom. Wis. Novelles Th. IX, c. unique, surtout la phrase suivante au § 1 : *testes exigunt omnimodo, quæ testamenta continentur, agnoscere*. Le testament est donc présenté ouvert aux témoins.

(4) Novelles Th., IX, c. unique.

(5) VI, 23, c. 21. Les compilateurs de Justinien ont glissé quelques légères modifications. — Les Institutes, II, 10, reproduisent en substance les mêmes règles, constitutives du testament *tripertitum*.

d'un testament valable, c'est la présentation aux témoins. On apporte devant eux le *codex testamenti,* replié, enroulé, au besoin lié et scellé de façon qu'il leur soit impossible d'en lire le contenu (1). Une préoccupation essentielle des Romains est en effet de tenir secrètes jusqu'à la fin leurs dispositions de dernière volonté. Ils se refusent à avouer qu'ils désirent dépouiller de leur succession tel familier ou tel parent; parfois ils se résignent à quitter la vie intestats, plutôt que de révéler à ceux qui les entourent leurs haines intimes (2). C'est même surtout pour assurer le secret du testament qu'est intervenue la Novelle Théodosienne que nous analysons. L'écriture est cachée dans les replis du *codex,* que le testateur tient à la main. Il le présente aux témoins, en leur déclarant que c'est son testament. Tous, c'est-à-dire les sept témoins, et le disposant ou à défaut le huitième témoin, apposent leur cachet sur la partie restée blanche, *signant,* et marquent à côté leurs noms et qualités, *subscribunt.* On sui-

(1) Ces détails, comme ceux qui suivront, sont empruntés aux §§ 2 et 3 ; § 2. Hac itaque consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt, quæ in eo scripta sunt, signatam vel ligatam vel tantum clausam involutamve proferre scripturam, vel ipsius testatoris vel cujuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero, civibus Romanis puberibus omnibus, simul offerre signandam et subscribendam, dum tamen testibus præsentibus tetastor suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit : quo facto, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et signantibus, valere testamentum, nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quæ in eo scripta sunt testamenta. — § 3. Quod si litteras testator ignoret vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito eadem servari decernimus.

(2) Le § 1 de la même Novelle Th. en fait foi : eo res processit, ut, dum sua quisque nonnunquam judicia publicare formidat, dum testibus testamenti sua non audet secreta committere, ne suis facultatibus inhiantes offendat, intestatus mori quam sua mentis arcana periculose patiatur exprimere. — Cf. C. Th. IV, 4, c. 3, § 2.

vait vraisemblablement pour les détails matériels, les règles sur la fermeture des actes qu'un texte de Paul, maintenu au Bréviaire (1), présente comme édictées à peine de nullité : un triple lien autour de la parte écrite, et les cachets sur ce lien. L'ensemble des formalités, scellements et signatures, devait être accompli sans désemparer : *uno eodemque die, nullo actu interveniente*, dit Théodose : — *uno contextu*, dira Justinien (2).

Bien que notre Novelle figure au Bréviaire, il s'en faut que les strictes prescriptions en aient été observées à la lettre dans les royaumes barbares : ce même recueil nous apprend quelles dérogations s'étaient introduites, par la force de la pratique ou même de dispositions législatives. Le fait n'est pas pour nous surprendre : le formalisme s'affaiblissait et s'exténuait de jour en jour : un empereur avait voulu lui rendre un peu de sa vigueur perdue : la tentative ne pouvait pas avoir un succès durable. Les actes législatifs ne paralysent jamais longtemps les tendances qui entraînent les institutions dans un mouvement d'incessante transformation ; il ne leur appartient pas de rendre la vie à des principes qui se meurent.

Voyons en effet comment on interprète, — c'est-à-dire comment on modifie, — les prescriptions de Théodose. L'exigence des sept ou huit témoins est caractéristique,

(1) Paul, V, 27, § 3. Amplissimus ordo decrevit, eas tabulas, quæ publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatæ triplici lino constringantur : atque impositum supra linum ceræ signa imprimantur, ut exteriores scripturæ fidem interiori servent. Aliter tabulæ prolatæ nihil momenti habent.

(2) Cette expression des Institutes n'est d'ailleurs pas nouvelle ; Ulpien l'employait déjà à propos du testament *per æs et libram* (D., XXVIII, 1, loi 21, § 3).

d'après l'*interpretatio* (1), d'une forme spéciale appelée testament prétorien. *A contrario*, il existe évidemment un procédé civil pour lequel on est plus accommodant. C'est en effet ce que proclament formellement d'autres textes du Bréviaire (2).

En même temps que le nombre des témoins nécessaires s'abaisse, leur fonction devient aussi moins compliquée (3). La Novelle distinguait nettement le *signum* et la *subscriptio* (4), pour exiger également l'un et l'autre : l'*interpretatio* continue d'imposer théoriquement ces deux formalités (5), mais il semble bien qu'en fait elles tendaient à se confondre, et c'est l'*interpretatio* elle-même qui en fournit la preuve. Dans la plupart des cas (6), même au début du commentaire qu'elle consacre à la Novelle (7), elle ne fait allusion qu'à la *subscriptio*, ou lorsqu'elle emploie le terme *signare*, c'est comme synonyme de *subs-*

(1) Interpr. : .....si aliquis *jure pretorio* condiderit testamentum, *id est quod septem testium subscriptionibus confirmatur*, auctor testamenti, si litteras scit, octavus ipse subscribat : sin autem aut scribere non potest aut litteras nescit, tunc octavum pro se adhibeat subscriptorem.

(2) C. Th., IV, 4, c. 3, § 1 : .....quum quinque huic non ignari subscripserint testamento..., et surtout l'*interpretatio* : Si moriens, quum scribit aut dictat chartulam testamenti, prætermiserit forsitan vocabulum ponere, *aut civilis, id est, quod quinque testium, aut prætorii juris, quod septem testium erit subscriptione firmandum...*

(3) Cf. Giry, *Manuel de Diplomatique*, p. 592. — Savigny, *Hist. du droit romain*, trad. Guenoux, t. II, p. 116.

(4) § 5. Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus. Non subscriptum namque a testibus atque signatum testamentum pro imperfecto haberi convenit.

(5) Interpr. : .....Testamento vero nihil detrahitur, si per plures dies dicatur fuisse dictatum, dummodo uno die sub præsentia testatoris simul omnes rogati a testatore subscribant ac suis sigillis subscriptum muniant testamentum.

(6) C. Th., II, 24, c. 1 ; interpr. — IV, 4, c. 1 ; interpr.

(7) Voir *supra*, note 1.

cribere (1). Il suffit donc pratiquement de mentionner les témoins d'une façon qui permette de les individualiser, et on ne s'inquiète pas si le cachet de chacun accompagne ou non cette désignation (2). C'est ainsi que les témoins du testament de saint Remi (3) ont indifféremment signé ou scellé l'acte qu'ils étaient appelés à confirmer. Est-ce à dire cependant que les sceaux étaient devenus tous superflus et qu'on pouvait complètement s'en passer? Le texte de Paul sur la fermeture des actes (4) empêchait peut-être d'aller jusque là. Mais il lui était donné satisfaction dès qu'un des assistants, testateur ou témoin, avait cacheté les liens de l'acte. Les autres n'étaient pas tenus de suivre son exemple.

La condition de l'unité de temps subit des adoucissements correspondants. L'*interpretatio* de la Novelle l'entend moins strictement que la Novelle même (5) ; sans doute tout doit se passer en un seul jour, et l'intervention des différents témoins doit être simultanée; mais le *nullo actu interveniente* du texte de Théodose n'est pas reproduit à l'*interpretatio* : nous en concluons qu'une

(1) C. Th., IV. 4. c. 3 : interpr. : Hoc etiam observandum, ut testator *signandum* testibus offerat testamentum, nec ideo habeatur infirmum, si alicui de *subscriptoribus* testator aliquid legati nomine dereliquit.

(2) Nov. Valentinien III. T. IV. c. 1, § 3 : .....septem testium subscriptionibus roboratum. — § 4 : .....cui multum roboris erit, si vel septem vel quinque testibus muniatur.

(3) Le testament de saint Remi se présente sous deux formes : l'une plus brève (Pardessus, n° 118) : l'autre plus détaillée (n° 119). Le document le plus long est certainement apocryphe (Pardessus, p. 84, note 1) : mais l'authenticité du plus court ne fait plus de doute maintenant (Pardessus, p. 81, note 1 ; — Havet, *Questions Mérovingiennes*, p. 27 et 32). — Or saint Remi lui-même a tout à la fois signé et scellé cet acte. Quant aux témoins, trois d'entre eux ont écrit : *interfui et subscripsi* ; et les trois autres : *interfui et signavi*.

(4) Voir *supra*, p. 36.

(5) Voir *supra*, p. 37, note 3.

interruption momentanée de la séance n'eût pas été une cause de nullité. Une Novelle de Valentinien III se montre plus tolérante encore : les signatures des témoins pourront être données séparément, à des heures différentes; il suffit qu'elles soient toutes apposées le même jour, en présence du testateur (1).

Les solennités du testament écrit et accompagné de témoins se ramènent donc, au Bréviaire, à un appareil relativement simple. Valentinien proclame avec une fierté légitime que bien des minuties démodées ont été supprimées (2). Mais l'empereur exagère la portée des simplifications en déclarant qu'on n'a plus qu'à rechercher quelle est la volonté des défunts (3): ce serait l'abolition complète du formalisme: elle n'a jamais été réalisée pour le testament. du moins en tant qu'il restait doué de la fonction et de l'énergie romaines. Les auteurs de l'*interpretatio* ont très bien senti la persistance du système ancien en ses fondements essentiels, et ils l'ont nettement indiquée (4). C'est d'ailleurs la conclusion qui ressort du texte même de Valentinien, lu d'ensemble, malgré l'affirmation emphatique du début; l'absolutisme de la formule initiale est ensuite condamné par une disposition précise, qui requiert

(1) Lex Rom. Wis. Nov. Valentinien III. t. IV. c. 2, § 4. Testes autem subscriptiones suas uno die vel omnes pariter vel, si legitimus numerus exiguam moram fecerit, horis præbere diversis sub obtutibus testatoris jubemus.

(2) Minutiis priscæ consuetudinis et obscuritate submota. — Nov. Valentinien. III. t. IV. c. 1. § 4.

(3) Solam defunctorum convenit inspici voluntatem. — Eod loc.

(4) C. Th.. IV. 4. c 5: interpr. : Placuit. voluntatem defunctorum ea ratione servari. ut. si deficiens quis non perfecerit testamentum. non potest quicunque pro perfecto uti. quod imperfectum resedit. Nec admittit hanc testificationem principis clementia... Et sicuti *legitimas scripturas*. ...valere mandavit. ita imperfectam et sub tali testificatione prolatam penitus valere non voluit.

la présence d'au moins cinq témoins (1) : voilà bien la persistance de l'idée formaliste. Ces témoins, — d'autres passages nous l'apprennent. — n'ont pas à connaître le contenu du testament, mais ils doivent se rendre compte de la portée de leur intervention (2). Le testateur leur présente le *codex testamenti* pour qu'ils y marquent un souvenir de leur présence : enfin, comme nous l'avons vu, tous doivent remplir leur rôle au cours de la même journée.

Tel est l'état de droit consacré par le Bréviaire d'Alaric : il est sensiblement le même dans tout l'Occident, comme le prouvent l'Edit de Théodoric (3) et la *Lex Romana Burgundionum* (4). Il faut partout cinq ou sept témoins

(1) Cui multum roboris erit, si vel septem vel quinque testibus muniatur.

(2) C. Th. IV, 4, c. 3, § 2 : .....et ii. cur venerint, non ignorent, etiamsi iisdem scripturæ continentia non fuerit intimata. — Paul, III, 6 § 6 : ex his. qui ad testamentum adhibentur, si qui sint, qui latine nesciant vel non intelligant, sed tamen sentiant, cui rei intersint, adhibiti non vitiant testamentum.

(3) Ed. Theod. c. 28 : Faciendorum testamentorum omnibus, quos testari leges permittunt, damus late licentiam : ita ut septem aut quinque testes ingenui ac puberes in conspectu testatoris uno tempore eodem rogante subscribant. — c. 29 : Quod si testator aut litteras ignorando aut per necessitatem vicinæ mortis propriam subscriptionem non potuerit commodare, tunc octavus testis pro testatore adhibeatur hujusmodi, de cujus fide dubitari omnino non possit.

(4) Lex Rom. Burg. XLV, 2 : Si vero testes adhibentur, ante quos testator vel subscribat vel suum testamentum offerat subscribendum, cives Romani testes adhibendi sunt, numero competenti, vel quinque vel septem, qui ad testamentum jure adhiberi possunt quorumque testimonium recipitur, cum quibus est nobis testamenti factio, secundum legem Theodosii et Valentiani ad Florentium prefectum preturii datam. — La *lex Theodosii*, c'est précisément l'importante Novelle de 439 que nous avons commentée. Le Papien simplifie singulièrement la réglementation de la constitution à laquelle il renvoie : il se comporte vis-à-vis du texte impérial comme le Bréviaire en son *interpretatio*.

capables, qui signent concurremment le papyrus tendu par le testateur. On peut seulement remarquer que l'Edit de Théodoric reflète plus exactement, dans les détails, la physionomie des constitutions impériales : il prévoit le cas où le testateur est empêché de signer, et reproduit pour cette hypothèse l'exigence du huitième témoin : il n'oublie pas non plus de souligner l'unité de temps, qui doit grouper les signatures en un seul et même acte. Au contraire les rédacteurs du Papien laissent dans l'ombre ces prescriptions secondaires ; toute leur attention est concentrée sur ce trait essentiel : la souscription des témoins en nombre légal.

A côté du testament écrit, le testament *per æs et libram* avait engendré un testament oral, dont nous suivons la trace au VI[e] siècle. Sans doute l'Edit de Théodoric et la *Lex Romana Burgundionum* le passent sous silence : mais le Bréviaire lui accorde une place importante. Certains passages de ce recueil mettent en parallèle le testament écrit et le testament *sine scriptura* (1). Ce dernier porte le nom de *nuncupatio* (2), et l'interprétation oppose souvent la *nuncupatio* au *testamentum* (3), réservant le second terme aux dispositions écrites. C'est le premier indice d'une évolution dans le sens du mot *testamentum* : il impliquera d'une façon de plus en plus nécessaire l'idée d'écriture.

(1) C. Th. IV. 4. c. 7 : Si quis agere ex testamento, quolibet modo, sive scripto, sive sine scriptura confecto.

(2) C. Th. IV. 4. c. 2. § 1 : Testamenti vero scripturam legitimam vel nuncupationem. — IV. 4. c. 7. § 2 : scriptus heres fuerit vel nuncupatus. — *Adde* Nov. Th. IX. c. 1. § 6.

(3) C. Th. IV. 4. c. 2. interpr. : quicquid testamento aut nuncupatione dimittitur. — *Adde* l'interprétation de C. Th., IV. 4. c. 7 : de Nov. Marcien. V. c. unique : et surtout l'interprétation de la Novelle Th. de 439. Ce dernier texte nous montre que, quand on a testé *per nuncupationem*, on n'a pas fait de *testamentum*. — Voir ci-dessous, p. 42, note 3 : quia testamentum non fecit.

La *nuncupatio* orale n'était pas un moyen d'échapper aux règles souvent gênantes du testament écrit, ni aux nullités qu'elles entraînaient : une constitution d'Honorius et Théodose, avec *interpretatio* conforme, défend énergiquement de suppléer par des dépositions verbales aux vices d'un testament imparfait (1). La *nuncupatio* est soumise à une réglementation très stricte, et la Novelle de Théodose, qui ramenait le testament écrit à un régime de rigueur, imposait aussi au testament *per nuncupationem* de sévères observances (2) : il ne fallait pas moins de sept témoins, qui devaient entendre ensemble la déclaration du testateur. L'*interpretatio* reprend ces principes, sans les tempérer des mêmes adoucissements que pour le testament écrit (3) : pas de forme orale simplifiée avec cinq témoins seulement, le nombre sept est nécessaire ; pas de tolérance pour l'unité de temps : la simultanéité de présence des témoins est indispensable ; c'est à la même heure, *una hora*, qu'ils doivent intervenir. La Novelle Valentinienne (4) qui leur permet de se présenter à des heures différentes ne vise que le cas où ils ont des signatures à donner, ce qui exclut évidemment l'hypothèse de *nuncupatio*.

Le testament oral est donc d'allure plus formaliste que le testament écrit solennel : le fait s'explique aisément, puisque la garantie de l'écriture fait défaut. Au contraire

(1) C. Th. IV, 4, c. 5.

(2) § 6. Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes, ut supra dictum est, simul uno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem ut testamentum sine scriptura facientis audierint.

(3) Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, qui suam publicare maluerit voluntatem, convocatis simul una hora septem testibus, primum pro qua re eos venire rogaverit, evidenter explanet, ut, quia testamentum non fecit, illi apud gesta defuncti publiceut et allegent voluntatem.

(4) Voir p. 39, note 1.

le formalisme s'atténue et se réduit à son minimum dans un autre mode, également admis des Leges, où l'écriture prend un rôle prépondérant : le testament olographe. L'introduction en est due à Valentinien III, dont nous avons déjà apprécié les tendances antiformalistes, et il a passé dans des conditions identiques au Bréviaire (1) et au Papien (2). Qu'un testateur écrive son testament entièrement de sa main, et l'acte sera parfaitement valable ; inutile ensuite de se préoccuper de témoins ou de cachets. Le droit du VIe siècle est même plus libéral que notre Code civil : ni texte de la Novelle, ni l'*interpretatio* du Breviaire, ni le paragraphe du Papien, n'exigent la date ou la signature. Seulement c'était à l'héritier institué qu'incombait la preuve de la sincérité de l'écriture (3).

Ce procédé si commode aurait dû, semble-t-il, jouir d'un rapide succès, et diminuer notablement les cas d'emploi des autres modes. Il répondait aux vœux des intéressés en assurant le secret le plus absolu : la personne qui y recourt laisse ignorer à tous, non seulement quelles

(1) Lex. Rom. Wis. Nov. Valentinien III, t. IV, c. 2. Interpr. : Haec lex licet alia replicet, quae in aliis legibus habentur exposita, tamen hoc amplius observandum esse praecipit, ut, si cui fuerit testandi voluntas, et testes forsitan defuerint, voluntatem suam propria manu perscribat, quae prolata post defuncti obitum plenam obtineat firmitatem.

(2) Lex Rom. Burg. XLV, 1. Testamenta si per olographam manum fiant, probata manus veritate, sine testibus integram capiunt firmitatem.

(3) Nov. Valentinien III, t. IV, c. 2, § 1. Scripto enim taliter sufficiet heredi, asserere etiam sine testibus fidem rerum. ...ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur. — *Adde* le texte du Papien cité à la note précédente : probata manus veritate. — On sait que notre jurisprudence résout la question par une distinction : comme principe elle met le fardeau de la preuve à la charge du légataire, mais elle en exonère le légataire universel saisi.

dispositions elle a prises, mais même si elle a testé. Cependant l'innovation de Valentinien ne fut pas accueillie aussi favorablement qu'on serait porté à le croire. Les anciennes formes subsistent : c'est à elles qu'on s'attache le plus volontiers, soit dans les recueils législatifs, soit dans les documents de pratique. Comment expliquer le phénomène ? On est tout d'abord tenté d'en chercher la cause dans l'ignorance des populations : le testament olographe suppose la connaissance de l'écriture : c'est une science qui n'était pas à la portée de tous, il y a 1300 ans. La remarque renferme une part incontestable de vérité : elle serait décisive s'il s'agissait du Moyen Age, du XI[e] siècle par exemple. Mais au lendemain des invasions, il restait encore sur le sol gaulois des traces multiples de la civilisation romaine : de nombreux habitants avaient reçu une culture intellectuelle sérieuse. La fidélité aux formes archaïques s'explique par une raison plus profonde : l'attachement aux traditions dans lesquelles on a été élevé, le culte superstitieux d'habitudes qui se transmettent d'âge en âge, en un mot la routine. Les praticiens qui dirigent les parties ne se débarrassent jamais des vieux usages : ils sont esclaves de formes souvent surannées, sans songer à secouer le joug qui les opprime. Cette observation, vérifiée en tous temps et en tous lieux, prend une valeur particulière, lorsqu'il s'agit des formes romaines, dont la savante ordonnance représentait aux yeux des populations l'incarnation parfaite du droit. Lentement élaborées par l'effort d'une race un peu lourde, mais profondément logique, elles ont à la fois la raideur et la solidité qui caractérisent toutes les œuvres du génie romain. Aussi ont-elles survécu même aux besoins et aux idées dont elles procédaient. Les concepts romains auront depuis longtemps disparu de notre pays, emportés par les courants germaniques ou chrétiens, que la forme façonnée

par eux continuera de subsister en sa réalité concrète, comme par une vertu propre : *mole sua stat*.

III

Formes anormales.

Les formes de testament dont nous avons dressé la liste sont des formes normales : toute personne capable peut s'en servir. Mais le droit romain connaît aussi des formes exceptionnelles, organisées pour une classe déterminée de citoyens ou en vue d'une situation spéciale : le législateur veut privilégier certains individus ou favoriser certaines intentions, et il écarte telle ou telle exigence du droit commun.

L'application la plus connue de cette idée est fournie par le testament militaire. De bonne heure le droit impérial avait adouci en faveur des soldats les rigueurs du formalisme (1) ; la tradition s'est maintenue dans quelques-uns des royaumes barbares : l'Édit de Théodoric (2) et le Papien (3) accordent aux soldats la faculté de tester en telle manière qu'ils l'entendent ; ils les exemptent de toute règle de forme. Mais le Bréviaire ne prévoit aucune

(1) Voir Kuntze, *Cursus des Römischen Rechts*, 2e éd., p. 652 et sq.

(2) XXXII. Barbaris, quos certum est reipublicæ militare, quomodo voluerint et potuerint, faciendi damus licentiam testamenti, sive domi, sive in castris fuerint constituti. — Nous savons que l'Édit de Theodoric était une loi territoriale : c'est ce qui explique ici la mention des *Barbari*.

(3) XLV, § 3. Militibus vero aliter si vellint testamentum facere permissum est : quibus licet et sine competenti testium numero testari et filios prætererire ; nec per inofficiosi querelam eorum constat testamentum posse dirumpi.

dispense de ce genre. D'ailleurs l'armée wisigothique d'Alaric, — et il faut en dire autant de l'armée franke, — était essentiellement composée de Barbares; elle ne devait compter que peu de soldats susceptibles d'invoquer le droit romain (1).

Les privilèges accordés aux militaires, même dans la sphère des intérêts patrimoniaux, relèvent, au moins par leurs motifs, du droit public ou politique : ce sont des récompenses aux défenseurs de la patrie et du prince. Le pur droit civil connaît lui aussi des exemptions analogues, fondées sur le respect des liens de famille. Une Constitution de Constantin, reproduite au Bréviaire (2), dispense de l'observation des formes testamentaires l'acte par lequel le père de famille a réglé la distribution de ses biens entre les *sui heredes*, fils ou petits-fils; nul comme testament civil ou prétorien, l'écrit vaudra à titre de

(1) Théodoric lui-même donne bien à entendre que son armée ne comprenait que des Barbares, en citant ces derniers expressément et exclusivement à propos du testament militaire.

(2) C. Th., II, 24, c. 1. Quum dividendæ res erunt, dubitari non potest, ab heredibus suis consensum sine ultra controversia commodandum. Quod vero ad hujusmodi spectat scripturas, in quibus talis defunctorum fuisse mens invenitur, ut de testamento intelligatur tantummodo cogitatum, etsi repugnare jus videantur, hujusmodi quoque conscriptiones inter suos duntaxat heredes valere oportet, quemadmodum valent scripturæ simpliciter inchoatæ, quas nulla solennitatis adminicula defendunt, solis nixæ radicibus voluntatis..... Quum filiis ac nepotibus civili jure vel auxilio prætoris ut suis heredibus defuncti successio deferatur, etiamsi cœptum, neque impletum testamentum esse memoretur, vel si ab utilitate verborum vel solemnitate juris inanis scriptura esse dicatur, considerari specialiter voluntatem placet, et obsecundari protinus, quum res dividentur, nec retineri amplius, quam quod singulorum personis detegetur adscriptum, ut et memoria defuncti non violetur parentis, et occasiones litium dirimantur. — *Adde* Nov. Th. IX, c. 1, § 5. Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos habeatur, non volumus.

partage d'ascendant, pourvu seulement que la volonté soit certaine. L'empereur désire assurer à la mémoire du père la vénération qui lui est due, et écarter les procès entre parents. L'*interpretatio* (1) prend soin d'indiquer que les bénéficiaires de l'acte peuvent être aussi bien d'un sexe que de l'autre, mais à la condition d'être descendants par les mâles. En outre, si l'écrit est quelconque, à tout le moins faut-il un écrit; on n'admettrait pas une preuve testimoniale en dehors des circonstances requises pour le testament nuncupatif.

Lorsqu'il s'agit de la mère (2), on tiendra pour inattaquable la répartition de ses biens par elle effectuée de son vivant entre ses fils, et maintenue jusqu'à la fin.

L'échec au principe formaliste est sans doute considérable; mais remarquons à quel point ces partages d'ascendant diffèrent d'un testament ordinaire : il n'est pas question de conférer une vocation successorale à des individus qui en seraient dépourvus; il s'agit simplement de régler le concours de ceux qui sont légalement héritiers. C'est en vertu de la loi que les fils ou *nepotes* viendront à la succession de leur auteur. L'acte non formel émané de celui-ci ne peut pas contenir d'institution d'héritier

(1) Quando facultas patris inter filios vel nepotes dividitur, specialiter voluntas patris vel avi paterni debet in omnibus custodiri, cujus testamentum etiamsi non fuerit perfectum, aut si non legitimo numero testium subscribatur, nec gestis allegetur, tamen si agnoscitur defunctus, de quo supra dictum est, de facultate sua aliquid ordinasse, quicquid unumquemque de filiis ac nepotibus cujuscumque sexus habere voluerit, hoc sibi sine consortis repetitione defendat : nec præsumat aliquis, quod alteri consorti auctor ille dimiserit. Sed hoc inter filios ac nepotes ex filiis masculis observetur, quod voluntate auctoris per quacumque scriptura probabitur ordinatum.

(2) C. Th. II. 24, c. 2 : interpr. : Licet vivorum bona, ut dividantur, injustum sit, tamen si mater vivens facultates suas filiis præceperit et permiserit dividendas, et usque ad exitum vitæ suæ in eadem voluntate perstiterit, divisio inter filios facta perduret.

valable : aussi n'est-ce pas un testament au sens romain du mot (1), puisque l'institution d'héritier est essentielle au testament romain. Est-ce même un acte testamentaire selon la définition par nous adoptée, c'est-à-dire un acte translatif de droits après la mort de son auteur ? Il faudrait répondre négativement, si la doctrine romaine avait connu et admis l'effet déclaratif du partage : le père se bornerait à reconnaître, sans avoir à les conférer, les droits privatifs que chacun de ses fils tiendrait sur telle partie de son patrimoine. Mais le partage romain étant attributif de droits, la volonté du père agira juridiquement après son décès ; seulement, la transmission de propriété réalisée par elle ne se produira pas du père aux fils : elle s'effectuera entre les fils. Le partage d'ascendant n'aura pas d'autre fonction que d'opérer l'échange du droit de copropriété indivise dévolu à chaque enfant contre un droit de propriété divise.

Les notions ordinaires en matière successorale sont plus sérieusement troublées par une autre institution prévue au Bréviaire, et qu'on peut désigner sous le nom de testament conjonctif. Une Novelle de Valentinien III, confirmée par l'*Interpretatio* (2), permet à deux époux sans enfants de s'instituer mutuellement héritiers l'un de l'autre par un seul et même acte : le survivant bénéficiera

(1) Nous [illegible] testamenti vo- [illegible]

(2) [illegible] aliis [illegible] legis [illegible]

de la disposition. Cet acte est d'ailleurs soumis aux formes ordinaires des testaments (1); mais il soulève des questions intéressantes et délicates : dans quelles conditions peut-il être révoqué ? Faut-il dire que, si les testaments des deux époux sont écrits sur une même *carta*, ils n'en restent pas moins juridiquement distincts, et que chacun peut être révoqué par la volonté unilatérale et même secrète de son auteur ? Cette solution aurait l'avantage de respecter les principes dans la mesure du possible : on serait en présence d'une institution d'héritier faite en une forme exceptionnelle, mais soumise, une fois écrite, aux règles ordinaires. Seulement l'équité commanderait un correctif : l'époux ayant révoqué l'avantage qu'il avait accordé à son conjoint devrait subir *ipso facto* la révocation de la disposition consentie à son profit. Ne serait-il pas plus juste de subordonner la révocation, comme dans un contrat, à l'accord des deux volontés réunies au début ? Les textes ne nous disent pas quelle solution prévalut, ni même s'il y eut une jurisprudence sur la question. En tous cas, ce que les époux se conféraient réciproquement, c'était une [illegible] héréditaire : l'acte pouvait être révoqué par [illegible] secrètement sans laisser aucune trace [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] nécessaire et suffisant [illegible] [illegible] testament.

(1) [illegible]

IV

Enregistrement des Testaments.

Tandis que la confection du testament devenait avec le temps de plus en plus simple, par contre une autre formalité, postérieure au décès, prenait depuis le début de l'Empire, une importance toujours plus grande ; c'est l'enregistrement solennel, que nous avons déjà signalé (1), et qui au temps des Leges est indispensable à la validité (2). Les textes législatifs du VI[e] siècle mentionnent cette condition sur le même plan que la présence des témoins (3). Elle s'impose au testament oral comme au testament écrit (4). La loi veut être satisfaite dans un délai de cinq jours au plus (5), comptés à partir du décès si les intéressés sont présents, à partir de leur retour s'ils sont

(1) *Supra*, p. 32.

(2) Theod., c. 72 : Testamenta, sicut leges præcipiunt, allegentur : hoc modo fides voluntatis alienæ titubare non poterit. — Lex Rom. Wis. C. Th. IV, 4, c. 4, interpr. : Testamenta omnia vel reliquas scripturas apud censuales in urbe Roma voluit publicari, hoc est, ut in reliquis regionibus apud curiæ viros testamenta, vel quæcunque scripturæ actis firmari solent, gestorum allegatione muniantur. Si vero mortuorum voluntates actis reservatæ non fuerint, nihil valebunt. — *Adde* Paul, III, 7, § 14.

(3) *Lex Rom. Wis.* C. Th., II, 24 c. 1, interpr. — Voir p. 47, note 1.

(4) Nov. Th. IX, c. unique, interpr. — Voir p. 42, note 3.

(5) Paul, IV, 6, § 3 : Testamentum lex statim post mortem testatoris aperiri voluit : et ideo, quamvis sit rescriptis variatum, tamen a præsentibus intra triduum vel quinque dies aperiundæ sunt tabulæ. Ab absentibus quoque intra eos dies, quum supervenerint : nec enim oportet testamentum heredibus aut legatariis aut libertatibus quam necessario vectigali moram fieri.

absents. Paul, qui nous donne ces détails, oublie de nous dire quelle était la sanction de l'inobservation des délais : la nullité semble bien difficile à admettre ; il est probable que les retardataires en faute encouraient une amende (car nous verrons que la formalité avait un caractère fiscal), et aussi, le cas échéant, des dommages-intérêts vis-à-vis des institués et des légataires dont la mise en possession se trouvait différée. Les magistrats compétents pour présider à la solennité. c'étaient à Rome les *censuales* : en province les autorités municipales. *curiae viri*. avec le *quinquennalis*, ou le *defensor* à leur tête (1). Voici comment les choses se passaient dans l'hypothèse la plus fréquente. celle d'un testament écrit solennel. Le *de cujus* a remis aux mains d'un ami les tablettes ou le payrus contenant ses dernières volontés (2). Lui mort. l'ami se présente à la curie dans les délais impartis. avec l'écrit fermé et intact. Les témoins ont été convoqués, ils reconnaissent leur souscription (3) ; le magistrat s'enquiert de

(1) C. Th. IV. 4, c. 4. interpr. : *supra*. p. 50. note 2. — Paul. IV, 6, § 2. Testamenta in municipiis, coloniis. oppidis, praefectura, vico. castello, conciliabulo facta. in foro vel basilica, praesentibus testibus vel honestis viris, inter horam secundam et decimam diei recitari debebunt. — Début de chacun des cinq procès-verbaux d'ouverture et d'enregistrement, conservés sur les papyrus de Ravenne. — Cf. Savigny, *l. c.*. t. I, p. 85.

(2) Papyrus de Ravenne. Nous lisons par exemple au début du premier procès-verbal : Johanne Aurelio Verino, Hernilio Bono principalibus [N. N.] dixit : offero cartulam testamenti, quam [N. N.] completam atque signatam a testibus mihi credidit commendandam.

(3) Dans les procès-verbaux de Ravenne. datés de 574 et qui reflètent un droit très correct, les témoins reconnaissent leur cachet, *signaculum*. la mention extérieure de leur nom. *superscriptio*. et déclarent qu'ils ont signé à l'intérieur : *et intrinsecus subscripsi*. Au VIe siècle, une confusion semble s'être opérée entre la *superscriptio* et la *subscriptio*. Le terme employé est toujours et exclusivement *subscriptio* ; mais la chose ainsi désignée correspondrait plutôt à l'ancienne *superscriptio*. puisque les témoins ne doivent plus voir l'inté-

ceux qui ne répondent pas à son appel, et on lui indique les causes de leur absence : il va de soi que la mort est pour eux l'excuse péremptoire par excellence. Si tout s'est passé dans les règles, le magistrat donne l'ordre de rompre les cachets, de couper les liens, d'ouvrir l'écrit et de le lire à haute voix. Le testament ainsi publié est scellé de nouveau et mis aux rang des archives. On dresse procès-verbal de la séance, et on délivre des copies aux intéressés qui en font la demande (1).

Telle était la cérémonie d'ouverture des tablettes, *apertura tabularum*. Au cas de testament *per nuncupationem*, la procédure était forcément simplifiée : plus de souscriptions à reconnaître, plus de cachets à rompre. Les sept témoins déclaraient aux fonctionnaires les dernières volontés du défunt, lesquelles étaient consignées sur les registres (2).

Le but de cette formalité devait être primitivement d'assurer le payement de l'impôt sur les successions : la loi que Paul (3) indique comme ayant organisé l'institution serait la loi d'Auguste sur l'impôt successoral du vingtième; c'est en effet au titre *de vicesima* que ce ju-

rieur de l'acte : c'est seulement à l'extérieur qu'ils apposent leur cachet et leur nom. Trompé par les mots, Savigny (*l. c.*, t. II, p. 116) n'a pas remarqué que la *subscriptio* dont parle la Novelle Théodosienne de 439 (IX. c. unique) était extérieure C'est pourtant la conclusion qui ressort certainement de cette constitution : on présente aux témoins l'acte déjà fermé, lié et cacheté.

(1) *Lex. Rom. Wis.* Paul. IV, 6, § 1 : Tabulæ testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes vel maxima pars eorum adhibeatur, qui signaverint testamentum : ita ut, agnitis signis, rupto lino, aperiatur et recitetur : atque ita describendi exempli fiat potestas : ac deinde signo publico obsignatum in archium redigatur : ut, si quando exemplum ejus intercidcrit, sit, unde peti possit. — « Adde » papyrus de Ravenne *in fine*.

(2) *Lex Roms. Wis.* Nov. Th. IX, c. 1, interpr. — Voir p. 42, note 3.

(3) IV, 6, § 3 ; *supra*, p. 50, note 5.

risconsulte place les développements sur l'*apertura tabularum*, et il indique qu'un retard dans l'accomplissement de la cérémonie serait préjudiciable au Trésor. Le testament de Longinus Castor, document du second siècle parvenu jusqu'à nous, fut ouvert au bureau de perception de cet impôt du vingtième (1), et pour une époque postérieure, l'*interpretatio* du Bréviaire nous montre encore des *censuales* (2), c'est-à-dire des employés de finances, préposés à la tenue des registres. Nous pouvons donc affirmer que l'enregistrement des testaments était lié, au moins originairement (3), à des perceptions fiscales : c'est la meilleure raison pour expliquer qu'on l'ait imposé à peine de nullité. Il rendait d'ailleurs service aux particuliers : une fois inséré aux actes municipaux, le testament était beaucoup moins exposé aux risques de perte : la conservation en était à peu près assurée. Cet avantage était spécialement appréciable au cas de testament oral : pour les héritiers institués *per nuncupationem*, l'*alligatio gestis* était le seul moyen de se ménager une preuve qui survécût aux témoins ou suppléât aux lacunes de leur mémoire. L'enregistrement avait donc dans le monde romain les deux mêmes fonctions que de nos jours ; il procurait un peu de sécurité aux particuliers, et beaucoup d'argent à l'État.

V

Révocation des Testaments.

Tout testateur garde jusqu'au dernier soupir la liberté

(1) Girard, *Textes*, 2e éd., p. 725 et sq. Ἠνοίγη καὶ ἀνεγνώσθη..... ἐν τῇ στατίωνι τῆς εἰκοστῆς τῶν κληρονομιῶν καὶ ἐλευθεριῶν.

(2) C. Th. IV. 4, c. 4, interpr. Voir *supra*, p. 50, note 2.

(3) Sur l'abolition de la *vicesima hereditatium*, voir l'étude de M. Poisnel, dans les Mélanges d'archéologie et d'histoire, 1883, p. 312 et sq.

absolue de revenir sur ses dispositions. Il a réglé le sort de ses biens pour le temps où il ne sera plus ; de son vivant il conserve une indépendance complète, et peut toujours défaire le lendemain ce qu'il a fait la veille.

Deux moyens sont possibles pour révoquer un testament parfait : le premier est la destruction ou l'altération matérielle du *codex testamenti*. Faites-vous restituer les tablettes par l'homme de confiance qui en est dépositaire ; puis supprimez-les ; ou si vous préférez, faites simplement sauter les cachets, biffez les signatures : vous n'avez plus rien de valable ; le testament est anéanti, — et tout est à recommencer si vous ne voulez pas mourir intestat. Nos sources, il est vrai, ne contiennent aucune indication sur ce premier procédé de révocation ; et de fait, le droit civil ne l'admettait pas au temps de Gaius (1) ; c'était peut-être un souvenir de l'époque où le testament exigeait une loi, et où une seconde loi pouvait seule annihiler la première. En tous cas, le droit prétorien admit en notre hypothèse la révocation, et on ne concevrait pas que la pratique du VI[e] siècle eût repoussé une solution qui semble si naturelle. Nous trouvons même un argument d'analogie dans la constitution qui défend de suppléer par témoins aux imperfections d'un testament invalide (2).

Sans toucher aux premières tablettes, on peut *de plano* confectionner un nouveau testament : le premier se trouvera par le fait même révoqué, et c'est précisément ce qui constitue notre deuxième mode de révocation (3). Seu-

(1) Gaius, II, § 151. — Cf. Girard, 2[e] éd., p. 815, note 1.

(2) Lex. Rom. Wis. C. Th. IV. 4, c. 5 et interp.

(3) Lex. Rom. Wis. Gaius, II, 3 (ou XI), § 4 Posteriore quoque testamento, quod jure factum est, id, quod ante jure factum fuerat, rumpitur. Quod si facto posteriore testamento heres scriptus aut ante aditionem hereditatis moriatur, aut vivo testatore defecerit, aut conditio possibilis, sub qua heres institutus est, impleta non fuerit,

lement les textes nous disent que le second testament n'opèrera révocation que s'il remplit lui-même toutes les conditions de validité requises (1) : il n'annulle les premières dispositions qu'autant qu'il les remplace par d'autres ; sa force destructive est subordonnée à sa force créatrice, ou plutôt ce sont deux manifestations d'une même énergie. Toutefois il ne faut pas exagérer la portée de ce principe : si l'effet positif du second testament est paralysé par une cause extrinsèque qui n'affecte pas la validité de l'acte en lui même, l'effet négatif se produit néanmoins, et la révocation des premières tablettes est opérée (2). De plus une exception est admise lorsque le testament initial écarte les héritiers ab intestat et que le suivant tend à leur rendre vocation : en ce cas on passe outre aux nullités du dernier acte. Le testateur, après avoir préféré des étrangers à ses parents, entend revenir à l'ordre légal de dévolution ; cette volonté est obéie, dès qu'elle est certifiée par le serment

is, qui testamentum fecit, intestatus mori videtur : quia testamentum, quod prius fecerat, testamento posteriore rescissum est, et quod posterius factum est, his rebus, quas diximus, infirmatur.

(1) Nov. Th. IX, c. unique, § 7 et interpr. : Si quis autem facto legitimo testamento, aliud postea facere voluerit testamentum, non aliter, quod prius factum est, reddatur infirmum, nisi sequens testamentum omni fuerit firmitate conscriptum et legitimo testium numero roboratum. Nam si imperfecta forsitan fuerit deficientis voluntas, secunda voluntas tunc valeat, si in primo testamento, quod fecerat, extraneos scripsit heredes et postea in secunda voluntate illos instituit vel ad successionem vocavit, qui, etiamsi non testatus fuisset, poterant in hereditate defuncti ab intestato succedere. Quae tamen posterior voluntas defuncti, licet non sit perfecta, sic in omnibus, quae scripta sunt, valeat, ut quinque testes jurisjurandi religione confirment, testatorem ad hoc eos convocasse, ut remoto priori testamento, secundam in propinquis suis, quam perficere non valuit, conderet voluntatem : quae in omnibus vel circa omnes firma permaneat. — *Adde* C. Th. IV, 4, c. 1, interpr., *in fine*.

(2) Gaius, II, 3 (ou XI), § 4. Voir p. 54, note 3.

de cinq témoins : la succession ab intestat s'ouvre, et la famille reprend ses prérogatives naturelles.

Qu'il y ait rupture des tablettes ou confection d'un nouveau testament, dans les deux cas le disposant manifeste expressément le changement de ses intentions. Le droit positif établit en outre une présomption de révocation, lorsque dix ans se sont écoulés depuis la rédaction d'un testament, sans que la mort de son auteur l'ait rendu définitif (1). Les testateurs sont ainsi obligés de renouveler tous les dix ans le titre qui doit déterminer le sort de leur fortune : c'est une sage précaution que la loi leur impose, car après leur décès il faudra retrouver les témoins présents lors de la confection de l'acte : plus long sera l'intervalle entre les deux époques, plus on devra craindre la disparition de ces témoins. Mais la péremption de dix ans repose aussi sur un autre motif, qui en fait pour nous l'intérêt capital : « Il ne convient pas, disent les empereurs qui l'ont introduite, qu'un règlement successoral arrêté à une date éloignée soit considéré comme une disposition de dernière volonté » (2). Cette phrase éclaire d'un jour lumineux la physionomie du testament romain : fait en vue de la mort, pour le temps qui suivra la mort, il émane d'une volonté souveraine, qui ne peut pas s'enchaîner elle-même, et qui juridiquement ne cesse d'être libre qu'en cessant d'exister.

(1) C. Th. IV. 4. c. 6. interpr. : Si quis condito testamento decennio superstes fuerit et suam non mutaverit voluntatem, quod ante decennium factum est, vacuum remanebit.

(2) Constitution d'Honorius et Théodose, citée à la note précédente, *in fine* : revera nefas est, ut antiquæ deliberationis ordinatio voluntas postrema dicatur.

CHAPITRE II

DE L'INSTITUTION D'HÉRITIER

Supposons un testament qui satisfasse exactement à toutes les règles de forme : il a été présenté à des témoins en nombre compétent, qui l'ont scellé et signé selon le cérémonial prescrit : l'ouverture et l'enregistrement se sont passés sans l'ombre d'une incorrection. Est-il toujours et nécessairement valable ? Non. Les dispositions qu'il renferme doivent de plus rentrer dans certains cadres, déterminés par le droit ; il faut que le testateur poursuive l'accomplissement de ses désirs au moyen des procédés légaux. Sa volonté est contenue dans un acte régulier ; c'est bien, mais ce n'est pas assez : elle doit en outre se façonner en elle-même sur un modèle officiel, et se présenter avec l'allure commandée. Il y a pour ainsi dire un formalisme interne qui s'ajoute au formalisme externe, et tous deux procèdent de la même conception : l'État ne connaît que les mots, que les écrits, que les opérations qu'il a prévus et consacrés. Ce formalisme interne a subi comme l'autre de graves atteintes au VI[e] siècle : il demeure cependant, car c'est l'âme même du droit romain.

I

Institution et substitutions.

La persistance vivace des traditions se manifeste particulièrement à propos de l'institution d'héritier, qui est à toute époque l'essence d'un testament romain : les autres dispositions peuvent s'ajouter ou se supprimer au gré du testateur : celle-là est nécessaire, et elle l'est seule. Une institution d'héritier suffit à constituer un testament, et réciproquement un acte sans institution ne saurait valoir comme tel ; la nullité ou l'inefficacité de cette clause entaîne la chute de toutes les autres. Quel que soit le but que se propose le testateur, qu'il désire transmettre sa fortune à un individu unique, en assurer le bénéfice à une corporation, ou la répartir sur la tête de multiples amis, toujours il lui faut recourir à un ou plusieurs *heredes scripti*, pour réaliser les combinaisons variées où se plaît son caprice. Il est tenu, pour ainsi dire, de faire passer son patrimoine à travers ce canal unique ou ces canaux parallèles, avant d'en diriger les éléments, comme par une série de voies secondaires et obliques, dans les sens souvent très divers où il entend les conduire. Le Bréviaire d'Alaric ne prend même pas la peine de répéter expressément ce principe si connu, mais il le suppose et l'implique en un grand nombre de passages (1).

Conservateur du rôle prépondérant de l'institution d'héritier, le code d'Alaric l'est aussi de la réglementation

(1) Voir notamment Gaius II, 3 (ou XI), § 1 : le testament ne s'exécute pas, *infirmatur*, quand l'héritier institué est empêché de faire adition.

séculaire usitée en cette matière. Les conditions impossibles ou illicites sont réputées non écrites (1): parmi les modalité dont on tient compte, la condition suspensive est seule mentionnée (2), ce qui révèle la proscription de la condition résolutoire, et par conséquent la survivance du vieux brocard : *semel heres, semper heres* (3). La maxime : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*, est également maintenue d'une façon tacite, mais certaine : l'institution *ex re certa* d'un héritier unique est tenue pour pure et simple (4), et malgré cette réserve l'héritier inscrit prend l'ensemble du patrimoine.

Souvent le testateur institue plusieurs personnes. Il divise alors la succession considérée comme une unité, *assis*, en un certain nombre de quote-parts, *unciæ*: ces *unciæ* sont en général des douzièmes, et le disposant en attribue un ou plusieurs à chaque institué (5). Au lieu

(1) Paul. III, 6 ; § 7, interpr. :... Nam si impossibile aliquid heredi fuerit injunctum, quod impleri penitus non potest, talis conditio statim submovenda est : quia nullum scripto heredi impedimentum facit. — § 8 : conditiones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptæ nullius sint momenti.

(2) Paul. III, 6, § 7. Interpr. : Si aliquis in testamento suo conditionem heredi constituat, quam prius impleat, quam hereditatem præsumat, merito ad eam implendam, quia possibilis videtur, exspectandum tempus istud est, ut non præsumatur hereditas quamdiu conditio impleatur.

(3) Cf. Paul. III, 6, § 17 : il est défendu à l'héritier de répudier la succession qu'il a antérieurement acceptée. Voir *infra*, p. 65, note 1.

(4) Code Grég. III, 4 (ou 8), c. 1. Interpr. : Si quis per testamentum heredem aliquem appellaverit et rem certam, id est aut possessionem aut mancipia aut quamlibet aliam speciem, de qua dubietas esse non possit, sub heredis vocabulo dimiserit, cui heredis nomen imposuerit, ad eum et illa, quæ non sunt nominata, perveniant.

(5) Paul. III, 6, § 12. Interpr. : In quot vult uncias, testator assem suum in diversos heredes dividere potest, ut faciat, si voluerit, et XV et XX uncias et in majori numero : aut certe si voluerit, et in minori potest, hoc est, aut VII aut IX aut quot voluerit in minori modo uncias facere potest. Si vero XII uncias impleverit, id est, totum assem, in testamento suo...

d'être placés sur la même ligne et de venir tous concurremment, les divers héritiers inscrits peuvent n'être appelés qu'à défaut les uns des autres. On est alors en présence d'une *substitution vulgaire* (1). Le Bréviaire persiste à signaler parallèlement la *substitution pupillaire* (2), qui permet au père de faire par avance le testament de son fils impubère (3). Cette série de règles est empruntée sans changement aux écrits des jurisconsultes classiques : mais à propos des substitutions vulgaires, les auteurs de l'*interpretatio* ont introduit par une méprise inconsciente des limitations et une terminologie antérieurement inconnues. Comprenant mal un texte de Paul (4), ils proclament que les substitutions ne sont pas possibles sur plus de trois têtes : l'héritier appelé en première ligne se nomme d'après eux *institutus* ; celui qui doit venir à son défaut *substitutus*, et le suppléant des deux premiers *scriptus*. La suite des erreurs continue, quand ils veulent expliquer l'antithèse établie par Paul entre la *substi-*

(1) Paul III, 6, § 10 (voir *infra*, note 4); § 11 (voir *infra*, p. 61, note 1). — Gaius, II, 4 (ou XII) § 1 : Vulgaris (substitutio) dicitur. *ille heres mihi esto*, sive hoc filio sive extraneo. *Quod si hereditatem meam adire nolueris, illum substituo, ad quem hereditas mea debeat pertinere.*

(2) Gaius, II, 4 (ou XII). Substitutio est, quæ post institutionem a testatore fieri solet, id est secundi heredis appellatio. Et duæ sunt, quarum una vulgaris dicitur, alia pupillaris.

(3) Gaius II, 4 (ou XII), § 2. Pupillaris substitutio filiis tantummodo impuberibus dari potest, quæ ita fit : *Ille filius meus si intra pubertatem decesserit, illum ei substituo.*

(4) Paul. III, 6, § 10. Heredes aut instituti aut substituti dicuntur. Instituuntur primo gradu : substituuntur secundo vel tertio scripti. Interpr. : Qui testamenta faciunt, sicut instituere heredes, ita et substituere possunt. Nam qui primo gradu heredes scripti sunt, instituti appellantur : qui secundo, substituti : qui tertio, scripti vocantur : quia usque ad tertium gradum heredes substituere pro testatoris voluntate permissum est, hoc est, ut secundum voluntatem testatoris ita substitutio ordinata servetur.

tutio pura et la *substitutio sub conditione* (1) : on emploierait l'un ou l'autre terme selon que la substitution serait faite à un ou deux degrés.

Ces contre-sens prouvent que les commissaires d'Alaric n'avaient plus une intelligence très nette des principes, ni même de la langue, de la belle époque. Mais ils étaient du moins classiques d'intention. Ils croyaient reproduire fidèlement la doctrine des grands siècles, et en définitive, malgré quelques déformations secondaires, la technique de l'institution d'héritier reste dans leur œuvre conforme au système du pur droit romain. Rien de plus naturel, car ce système a pour lui l'autorité de l'antiquité, la logique du développement, et en réalité il ne porte pas atteinte à la liberté du testateur : sans doute il limite ses moyens d'action, mais il ne restreint pas son action même ; l'obligation d'employer certains procédés n'empêche pas le disposant d'atteindre par eux les buts qu'il se propose.

II

Capacité de l'héritier institué. — Indignité.

Si au contraire nous détachons notre attention de l'opération prise en soi pour la reporter sur la personne qui en est le sujet passif, si nous passons de l'institution à l'institué, nous reconnaîtrons de notables différences

(1) Paul, III, 6, § 11. Substituere quis et pure et sub conditione potest : et tam suis, quam extraneis : tam puberibus, quam impuberibus. — Interpr. : Substitutio et pure, id est, sine conditione fieri potest : hoc est, ut, quum ad substitutum hereditas pervenerit, ad tertium heredem non debeat pervenire. Sub conditione autem ita quis substituitur, ut, quum ille mortuus fuerit, ad tertium heredem, id est, scriptum, hereditas, quae est ab eodem tenta, perveniat.

entre le droit du Bréviaire et celui des grands jurisconsultes. Les prescriptions anciennes pouvaient cette fois contrarier les intentions des mourants; il a fallu élargir ou briser les cadres trop étroits. L'esprit nouveau, c'est-à-dire l'esprit chrétien, fait de foi et de charité, a supprimé une partie des entraves qu'avait forgées un droit rigoureux et payen : nous songeons à l'incapacité des personnes incertaines, dont les conséquences ont considérablement varié au cours des siècles. Sans doute le Bréviaire maintient cette incapacité, en ce sens qu'il annule les institutions dont le bénéficiaire n'est pas clairement désigné (1). Il y a là une règle de bon sens, qui s'impose à toute législation. Mais le droit classique rattachait au principe deux autres corollaires, qui ont disparu du recueil d'Alaric. D'abord on interdisait l'institution des postumes, c'est-à-dire des êtres non encore conçus au moment de la confection du testament (2). Il n'est plus question de cette prohibition au Bréviaire, et certains textes impliquent qu'elle a totalement disparu (3). En outre on comptait parmi les *personæ incertæ* toutes les personnes civiles, auxquelles on défendait à ce titre de recueillir une hérédité testamentaire. Mais le monde chrétien ne pouvait pas s'accommoder de ce régime rigoureux : il fallait ouvrir largement les barrières qui enserraient les testateurs, et permettre à ceux-ci de se donner pour héritières des églises ou des associations pieuses. Ces idées de tolérance s'introduisirent progressivement dans le droit impérial; elles inspi-

(1) Paul, III, 6, § 9. Interpr. : Quoties in testamento evidenter heres qui sit scriptus, non exprimitur, nulla firmitas est heredis.

(2) Girard, 2e éd., p. 738. — Mainz, 5e éd., t. III, p. 230, note 23. — Baron, *Pandekten*, 9e éd., p. 694.

(3) Ce sont les textes qui constatent la nécessité d'instituer ou d'exhéréder tous les postumes siens, à peine de rupture du testament s'il en survenait un. Voir *infra*, p. 68, note 1.

rèrent une série de réformes successives : au Bréviaire, l'évolution est achevée, et les mourants jouissent à cet égard d'une complète liberté (1). On peut instituer les églises (2), les moines, les couvents (3), les captifs, les pauvres (4).

(1) Novelles de Marcien, V, c. unique, § 2... Hac lege sancimus, ut, sive vidua, sive diaconissa, sive virgo Deo dicata, vel sanctimonialis mulier, sive quocunque alio nomine religiosi honoris vel dignitatis femina nuncupetur, testamento vel codicillo suo, quod tamen alia omnis juris ratione munitum sit, *ecclesiæ, vel martyrio, vel clerico, vel monacho, vel pauperibus* aliquid vel ex integro, vel ex parte in quacunque re vel specie crediderit relinquendum, in modis omnibus ratum firmumque consistat, sive hoc institutione sive substitutione, seu legato aut fideicommisso, per universitatem vel specialiter, sive scripta sive non scripta voluntate fuerit derelictum : omni in posterum de hujus modi negotio ambiguitate summota. — Interpr. : Sanctimonialibus, viduis, diaconissis omnibusque religiosis matronis hac lege permittitur, ut seu testamento, seu fideicommisso, seu per nuncupationem, seu per codicillos vel quibuslibet aliis scripturis, quod voluerint, *ecclesiæ, episcopis, presbyteris vel diaconibus et omnibus clericis*, relinquendi habeant potestatem. Et si voluerint heredibus suis quoscunque post eorum obitum substituere, habeant potestatem. — L'*interpretatio* comme le texte ne visent, il est vrai, que les testaments de femmes dévouées à Dieu ; mais il faut argumenter par *a fortiori* en ce qui concerne les hommes et les laïques. La Novelle indique en effet que pour les femmes retirées du monde des dangers particuliers étaient à redouter : on pouvait craindre que les libéralités soit-disant pieuses ne fussent inspirées par des motifs inavouables. L'empereur passe outre à ces scrupules, et applique le droit commun, même quand les testatrices sont des diaconesses ou des religieuses.

(2) Saint Remi institue son Église (Pardessus, *Diplomata*, t. I, p. 81).

(3) M. Esmein remarque (*Histoire du droit*, 3e éd., p. 157 et note 1) que la Novelle de Marcien vise les moines individuellement, non pas les monastères. Mais la pratique, étendant l'esprit du texte, a passé outre à ce silence, et saint Césaire d'Arles institue un monastère (Pardessus, *Diplomata*, t. I, p. 104). — D'ailleurs une constitution de Théodose et de Valentinien, reproduite au Bréviaire et confirmée par l'*interpretatio*, reconnaît aux monastères la capacité de recueillir ab intestat la succession de leurs membres morts sans autres héritiers (C. Th. V, III, c. unique et interpretatio).

(4) Nous nous garderons d'invoquer l'exemple du testament de

L'héritier institué, alors même qu'il est pleinement capable, peut cependant perdre la succession par son fait. Lorsqu'il ne respecte pas la volonté du défunt, et viole lui-même le testament dont il tient sa vocation, on use envers lui d'une juste réciprocité : on le déclare indigne, et l'hérédité lui est enlevée (1). Il n'y aurait d'exception que si l'injonction à laquelle il a refusé d'obéir était contraire aux lois.

III

Division des héritiers en extranei, necessarii, sui. Exhérédation.

Les héritiers inscrits qui viennent à la succession ne sont pas tous confondus en une seule catégorie, à laquelle s'appliquerait un régime identique. Le Bréviaire consacre la division traditionnelle en trois groupes (2). Aux *sui*

saint Perpétue (Pardessus, *l. c.*, t. I, p. 23) ; Julien Havet a démontré le caractère apocryphe de ce document *(Questions Mérovingiennes*, p. 21 et sq.). Mais si la conclusion de l'éminent érudit s'impose, un de ses arguments porte à faux. L'acte donne la qualité d'héritiers aux pauvres ; or à la date qu'on lui attribue, en 475, ces *personæ incertæ* n'avaient pas, dit Havet, (p. 28) la *testamenti factio*. Julien Havet commet ici une erreur de droit : la Novelle précitée en fournit la preuve. On objecterait vainement qu'en 475 le Bréviaire n'était pas encore promulgué ; la Novelle l'était déjà, et Havet reconnaît lui-même (p. 26) que le droit contemporain de saint Perpétue était celui qui devait être consigné au Bréviaire.

(1) Paul. III, 7, § 10. Interpr. : Heredi scripto, qui aliquid contra ultimam defuncti fecerit voluntatem, ut indigno auferatur hereditas : si tamen nihil contra leges in ejus testamento fuerit comprehensum.

(2) Gaius. II, 3 (ou XI), § 6. Heredes aut sui sunt, aut necessarii, aut extranei. Sui heredes appellantur filii aut nepotes ex filiis masculis, quos in potestate avus vel pater habet. Necessarii sunt heredes

et aux *necessarii*, qui sont soumis au *de cujus* par un lien de puissance ou de servitude, s'opposent les *extranei*, qu'aucun rapport de dépendance ne subordonne au disposant : on y rangera les parents éloignés, les amis, les associations, les Églises.

Les *extranei* peuvent à leur gré accepter ou répudier l'hérédité qui leur est offerte : mais une fois qu'ils se sont portés héritiers et qu'ils se sont immiscés dans les affaires de la succession, il ne leur est plus possible de se retirer (1) : *semel heres, semper heres*. Les *heredes necessarii* au contraire, esclaves du disposant que celui-ci institue en les affranchissant, ne peuvent se soustraire aux effets de leur vocation : ils sont héritiers bon gré mal gré, alors même que la succession est insolvable, et c'est même d'ordinaire en vue de cette hypothèse qu'on les fait figurer dans un testament (2). Sur la situation des *sui*, le Bréviaire ne s'explique pas nettement, mais il n'est guère vraisemblable qu'on ait exigé d'eux un acte d'acceptation que le droit classiqne ne leur imposait pas (3), et auquel leur nom même répugne (4). D'autre part le préteur leur avait accordé le *jus abstinendi*, c'est-à-dire le droit de

servi, qui cum libertate heredes instituuntur. Necessarii ideo, quia, aut velint aut nolint, necesse est eis heredes esse... Extranei sunt, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur, sed eos quicunque pro arbitrio suo scribit heredes.

(1) Paul. III, 6, § 17. Qui semel constituit, ad se hereditatem pertinere, ac se rebus ejus immiscuit, repudiare eam non potest, etiamsi damnosa sit.

(2) Gaius, II, 3 (ou XI), § 6... Nam qui creditoribus tenentur obnoxii, et putant, se non tantum in substantia, quantum in debitis relinquere, ipsi servos suos manumittunt, et heredes necessarios faciunt, ut quo magis heres quam dominus infamiam incurrat, quum res ejus, id est, hereditas domini pro debitis venditur et creditoribus datur.

(3) Cf. Girard, 2e éd., p. 847. — Mainz, 5e éd., t. III, p. 273 et 411. — Baron, *Pandekten*, 9e éd., p. 734.

(4) Paul. D. XXVIII, 2, fr. 11.

n'être pas tenus des dettes personnellement et sur leurs biens propres (1). Ce bénéfice est certainement maintenu par les compilateurs d'Alaric. car en reproduisant un passage de Gaius relatif aux *heredes sui et necessarii* (2), ils ont eu soin de supprimer le mot *necessarii ;* c'est donner à entendre que les *sui* ne sont plus *necessarii*. en d'autres termes qu'ils jouissent du *jus abstinendi*.

A côté de ces différences relatives à l'acceptation. un autre principe donne aux *sui* une place à part entre les héritiers. Le testateur jouit vis-à-vis des *necessarii* et des *extranei* d'une indépendance parfaite : il les institue ou les passe sous silence sans contrôle. Il est au contraire tenu. à peine de nullité, de faire mention des *sui :* libre à lui de leur enlever ou de leur laisser le titre d'héritier, mais il doit dire à quel parti il s'arrête. et les instituer ou les exhéréder formellement. L'application de cette idée a varié dans les détails au cours du temps, et le préteur a sur ce point modifié sensiblement le droit civil (3) Le Bréviaire adopte le système du droit civil sur les conditions de l'exhérédation et la sanction d'une omission injustifiée. Il faut exhéréder individuellement. *nominatim*, tous les fils mâles en puissance et non institués ; sinon le testament est radicalement nul (4) : la mort du fils omis survenue avant le décès du père ne pourrait pas couvrir le

(1) Cf. Girard. 2e éd., p. 870. — Mainz. 5e éd., t. III. p. 273 et 441. — Baron. *Pandekten*. 9e éd., p. 734.

(2) Institutes de Gaius, II. § 152 et sq., § 152 : Heredes autem aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii aut extranei. — Ce texte figure. retouché, au Bréviaire : voir *supra*. p. 64. note 2.

(3) Girard. 2e éd., p. 829 et sq. — Mainz. 5e éd., t. III. p. 246 et sq. — Baron. *Pandekten*. 9e éd., p. 717 et sq.

(4) Gaius. II. 3 (ou XI). pr. : Is. qui filium in potestate habet, curam gerere debet. ut testamentum faciens masculum filium aut nominatim heredem instituat aut nominatim exheredet. nam si masculum filium testamento praeterierit. non valebit testamentum.

vice (1). Lorsqu'une fille a été omise, le testament est valable, mais la fille exerce ce qu'on nomme le *jus accrescendi* : elle prend une part virile en concours avec ses frères, la moitié de la succession en concours avec un *extraneus* (2). Se trouve-t-elle en présence à la fois de frères et d'*extranei* ? Elle réduit la part de chaque groupe dans la même proportion que si ce groupe existait seul (3).

Le Papien (4) reproduit les mêmes règles. Il les complète même en prévoyant une question dont le Bréviaire ne parle pas : quelle sera la situation des descendants au-delà du premier degré ? D'après la *Lex Burgundionum*, on assimile aux fils les *nepotes* issus d'un fils, et aux filles les *nepotes* issus d'une fille. En outre le Papien n'exige plus que l'enfant soit resté en puissance ; c'est donc pour tous les *liberi*, comme le droit prétorien, qu'il exige une mention formelle du testament. Il exempte d'ailleurs de cette nécessité les testateurs militaires (5).

Le testateur ne doit pas seulement tenir compte des

(1) Gaius, II, 3 (ou XI), § 1 : .....Nam si facto testamento, in quo filius masculus praetermissus est, evenerit, ut, vivente adhuc patre, filius, qui praetermissus est, moriatur, sic quoque, quamlibet filius ille mortuus fuerit, testamentum, quod factum est, non valebit.

(2) Gaius, II, 3 (ou XI), § 1 : Si vero filiam praeterierit, non rumpit testamentum filia praetermissa : sed inter fratres suos, legitimo stante testamento, suam, sicut alii fratres, consequitur portionem : si vero testamento extranei heredes scripti fuerint, stante testamento, filia medietatem hereditatis acquirit.

(3) Paul, III, 6, § 14. Interpr. : Si quis filium suum et extraneum aequis partibus testamento scribat heredes, filia praetermissa tantum de portione germani sui, quantum de extraneis revocabit. Si vero duo filii fuerint heredes scripti, filia praetermissa duobus fratribus tertiam tollit et extraneis dimidiam.

(4) Lex Rom. Burg. XLV, § 4 : Testamenta vero civium Romanorum, si filius praeteritus fuerit vel nepos ex filio, rumpunt testamentum, si vero filia aut nepotes ex filia, non rupto testamento extraneis in dimidiam partem, suisque heredibus in aequalem adcrescunt.

(5) XLV, § 3 : Militibus... quibus licet... filios praeterire.

sui déjà vivants lors de la rédaction du testament; il lui faut aussi s'occuper des *postumi*, de ceux qui naîtront entre ce moment et l'ouverture de la succession. Originairement la survenance d'un postume sien rompait le testament sans qu'il fût possible d'écarter cette nullité. Mais le développement du droit a fourni peu à peu au testateur des moyens préventifs de sauver son œuvre, et le Bréviaire s'est approprié les principes du droit civil en son dernier état : le disposant, qui, comme nous l'avons vu, peut instituer tous les postumes, est armé du droit corrélatif de les exhéréder. S'il néglige de faire usage de ce double pouvoir, s'il ne fait pas mention des postumes et que le nombre des *sui heredes* vienne ensuite à s'accroître, une nullité absolue frappera le testament dans tous les cas, quel que soit le sexe et le degré du postume (1). Notons d'ailleurs que les seuls postumes dont le testament puisse valablement s'occuper sont ceux dont l'agnation résulte du jeu des lois naturelles : naissance d'un enfant, ou mort du père qui l'empêchait d'être *heres suus* du grand-père. On ne peut pas instituer ni exhéréder les *sui* que créera peut-être dans l'avenir une adoption ou une adrogation (2). La survenance d'un héritier sien, due à un de ces procédés, rompt fatalement le testament.

(1) Gaius, II, 3 (ou XI), § 2 : Posthumorum duo genera sunt : quia posthumi appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati sunt, et illi, qui post testamentum factum nascuntur. Et ideo, nisi is, qui testamentum facit, in ipso testamento comprehenderit : *Quicunque filius aut filia mihi natus natave fuerit, heres mihi sit;* aut certe dicat, *exheres sit*, valere non potest ejus testamentum : quia, sicut superius jam dictum est, legitime concepti pro natis habentur, nisi quod melior est conditio posthumæ quam natæ : quia nata, si prætermissa fuerit, non rumpit testamentum : posthuma vero, sicut masculus, testamentum rumpit. — Cf. Paul, III, 6, § 15, § 16 : Nepos posthumus, qui in locum patris succedere potest, ab avo aut heres instituendus est, aut nominatim exheredandus, ne agnascendo rumpat testamentum.

(2) Gaius, II, 3 (ou XI), § 3. Si quis post factum testamentum

Cette doctrine savante paraît assez artificielle. Pour en comprendre la raison d'être, il faudrait la replacer dans son milieu originel, remonter aux temps de la Rome primitive : encore ne serait-on pas très sûr de revenir pleinement satisfait de ce voyage préhistorique (1). En tous cas, au VIe siècle, la théorie de l'exhérédation ne se justifiait plus guère, au moins en ses complications formalistes. Elle demeurait debout cependant, comme tant d'autres constructions romaines, parce qu'elle existait de toute antiquité, et que les nouvelles tendances ne dirigeaient pas contre elle leur effort. Le christianisme, en effet, ne contenait aucun principe qui lui fût hostile : le pouvoir d'exhérédation du père, joint à l'obligation de mentionner tous ses enfants, se rattache à une organisation de la famille qui confère au chef de très larges pouvoirs, sans lui permettre cependant d'oublier ses devoirs : c'est précisément la conception chrétienne.

adoptaverit apud populum illum, qui sui juris est, hoc est, qui patrem non habet, aut apud prætorem illum adoptaverit, qui in potestate patris est, quasi ei filius natus sit, ita ejus rumpitur testamentum.

(1) Voir Girard, *l. c.* 2e éd., p. 830. — Cuq, *l. c.* p. 539.

CHAPITRE III

LEGS ET FIDÉICOMMIS

Les testaments, outre l'institution d'héritier, peuvent contenir et contiennent d'ordinaire d'autres clauses, surtout des legs et des fidéicommis. Mais ces dispositions, qui ne sont pas nécessaires au testament, peuvent réciproquement s'en passer : il est permis au VIe siècle de leur donner valeur juridique au moyen d'actes qui, d'après la terminologie romaine, ne sont pas des testaments : ils rentrent toutefois dans la définition plus large que nous avons donnée de ce terme.

Le legs et le fidéicommis constituent l'un comme l'autre une charge imposée par le défunt à ses successeurs, en vue d'assurer certains avantages à des tiers. Mais la différence de leur origine entraine des dissemblances dans leur réglementation : le Bréviaire conserve les deux institutions séparées, avec des caractères bien distincts, au moins en théorie ; il est facile d'observer qu'en fait elles se sont considérablement rapprochées.

I

Les legs.

Les legs, d'antique origine et de passé vénérable, retiennent en leurs règles constitutives une série de sou-

venirs formalistes, mais d'un formalisme qui s'adoucit, s'estompe, s'efface, et dont le sens est bien souvent perdu. Cette remarque générale se trouve vérifiée tout d'abord, dès qu'on recherche quels actes sont susceptibles de contenir un legs: ce peuvent être en première ligne des testaments, puis des codicilles, mais à condition qu'ils se rattachent à un testament.

Les codicilles sont des actes à cause de mort, — des testaments *lato sensu* et selon notre nomenclature, — qui ne contiennent pas d'institution d'héritier (1). Leur perfection requiert au moins cinq témoins: c'est une exigence qui mérite d'être mise en pleine lumière, car, si elle n'a pas toujours existé, elle a pris au Bréviaire un relief vigoureux : tout acte qui participe de la nature testamentaire est soumis, comme le testament proprement dit, à la condition des cinq témoins (2). On n'impose pas leur réunion simultanée; une constitution de Théodose prescrivait qu'ils intervinssent le même jour (3), mais l'*inter-*

(1) Gaius, II, 7 (ou XIV, ou XV), de fideicommissis, § 8. ..... per codicillos nemo heres institui potest. Cf. C. Th., IV, 4, c. 1; interpr. *in fine*.

(2) C. Th., IV, 4, c. 1. In codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet : sic enim fiet, ut testantium successiones sive aliqua captione serventur. Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. Quod et in ceteris voluntatibus placuit observari. — Interpr. : Si quis non fecerit testamentum, sed vice testamenti fecerit codicillum, in quo codicillo legitima heredis institutio teneatur, et hunc ipsum eodem numero testium, hoc est septem aut quinque subscriptionibus faciat confirmari : si minus quam quinque, valere non poterit, sicuti et ceterae voluntates.

(3) C. Th., IV, 4, c. 7. Elle se termine ainsi : § 2. ..... In omni autem genere testamenti, sive id praetorio jure sive civili consistat, seu codicilli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima praetendatur, id volumus observari, ut eodem die, quo coeptum quid eorum

pretatio nous la donne comme abrogée sous ce rapport. Il n'est pas question non plus de cachets distincts de la signature : il suffit que l'acte porte la *subscriptio* (1) des témoins, c'est-à-dire que mention soit faite de leur présence. En outre, des codicilles olographes, même sans témoins, eussent été valables : la possibilité de tester en cette manière fournit un premier argument *a fortiori* : puis, aux yeux des auteurs de l'*interpretatio*, la novelle introductrice de la forme olographe a infirmé la disposition de Théodose qui présentait comme exclusive de toute exception l'exigence des cinq ou sept témoins. Le silence des textes sur les codicilles olographes indique seulement qu'ils ne devaient pas être d'un usage fréquent ; nous n'en serons pas surpris, puisque le testament olographe lui-même n'avait pas grand succès (2).

En tout cas, les codicilles étaient certainement soumis à l'enregistrement posthume. On le devine *a priori*, puisqu'ils opéraient des mutations par décès et par conséquent donnaient lieu à des perceptions fiscales : à la vue des

fuerit, ad perfectum sui plenitudine sortiatur, nihilque ejus in diem alterum differatur : quod quidem nullam habeat firmitatem, nisi aut septem aut quinque vel rogati aut qui fortuitu venerint, possent jure testimonium perhibere, videlicet ut post hanc sanctionem divinis et liquescentibus apicibus, qui trium testium numero sint contenti. — Interpr. : ..... Extrema pars legis istius ideo non habetur scripta vel exposita, quia Novella lege calcatur. — Cette *Novella lex* est la Novelle de Valentinien III (t. IV, c. 2) qui introduit la forme olographe. Voir *supra*, p. 43, note 1.

(1) C. Th., IV, 4, c. 1, interpr. Voir *supra*, p. 71, note 2.

(2) Pratiquait-on également les *codicilles oraux*, symétriques du testament *per nuncupationem* ? Étymologiquement le terme suppose un écrit. Il est vrai qu'une déviation de sens serait possible, mais on n'en voit pas trace au Bréviaire. D'ailleurs l'intérêt de la question n'est pas très considérable : en admettant qu'il n'y eût pas de codicilles, ni par suite de legs verbaux, les fidéicommis pouvaient incontestablement se réaliser sans écrit.

textes (1), la conjecture devient certitude, car ils sont au nombre des *scripturæ* auxquelles on impose la formalité.

Les codicilles peuvent être rédigés sans que leur auteur se soit donné un héritier par testament : on les appelle alors *codicilles ab intestat* : ou bien ils interviennent à côté d'un testament régulier, antérieur ou postérieur en date : on les dit en ce cas *testamentaires* : ils sont *confirmés*, lorsque le testament fait allusion à leur rédaction passée ou future, et les déclare valables.

C'est seulement dans un codicille confirmé qu'on peut placer un legs (2). Le codicille fait alors corps avec le testament (3), et le legs se trouve soutenu par l'institution d'héritier : charge de l'hérédité testamentaire, le legs n'existe qu'autant qu'un héritier inscrit en supporte le poids. C'est ce qui explique que, dans un testament, l'institution d'héritier doive figurer en tête des tablettes. C'est seulement aux lignes suivantes qu'on peut écrire les legs : ils ne tiennent qu'en s'appuyant sur l'institution préalable (4). Dans les temps anciens, les legs devaient être rédigés en termes sacramentels : mais au VIe siècle, il n'est plus question de ce rigorisme : le testateur peut employer toute expression propre à faire connaître sa volonté (5).

(1) C. Th., IV, 4, c. 4. Voir *supra*, p. 50, note 2.

(2) Gaius, I, 7 (ou XIV, ou XV), § 8. ..... Legatum per codicillum relictum non valet, nisi codicilli testamento fuerint confirmati.

(3) Paul, IV, 13, § 2 : Codicillis testamento confirmatis datæ libertates cum his, quæ tabulis testamenti datæ sunt, concurrunt.

(4) Paul, III, 8, § 2. Ante heredis institutionem legari non potest. — Les testaments concrets montrent la règle fidèlement observée. Voir dans les *Diplomata* de Pardessus, les n°s 118 et 139 (testaments de saint Remi et de saint Césaire).

(5) Paul, IV, 1, § 6, interpr. Une disposition faite au moyen de *verba directa* quelconques n'est pas considérée comme fidéicommis : c'est donc qu'elle constitue un legs. — Voir *infra*, p. 79, note 4.

Sur les moyens de révoquer les legs, le Bréviaire ne contient que des indications très incomplètes ; deux textes seulement sont relatifs à la question : l'un nous apprend qu'un legs peut être révoqué par testament ou par codicille (1) ; l'autre que la mise en gage ou l'aliénation judiciaire de l'objet légué n'opère pas révocation (2). Nous en concluons qu'une vente véritable entraînerait révocation, avec d'autant plus d'assurance que telle était déjà la solution du droit classique (3).

Si le formalisme externe préside toujours, quoique affaibli, à la rédaction des legs, le formalisme interne n'a pas non plus perdu ses droits. Comme au temps classique, on divise les legs en quatre catégories : *per vindicationem*, *per damnationem*, *per præceptionem*, *sinendi modo* (4). Ce serait une erreur de croire que ces expressions techniques ne répondent plus à aucune idée : l'*interpretatio* nous donne du legs *per vindicationem* une définition très acceptable (5), et les commissaires d'Alaric admettent une

(1) Paul. III, 9, § 76. Interpr. : Si quis facto testamento, in quo aliquibus legata reliquerat, aliud postmodum fecerit testamentum et illa legata, quæ priori testamento dederat, abstulerit vel codicillis fortasse removerit, si illud prius testamentum post mortem testatoris prolatum fuerit, et legata heres scriptus absolverit, quæ in posteriore testamento vel codicillo remota sunt : is, qui ex priori testamento legatum consecutus est, reddere jubetur, quod sequentibus scripturis ostenditur fuisse sublatum.

(2) Paul. III, 8, § 15 : Rem legatam testator si postea pignori vel fiduciæ dederit, ex eo voluntatem mutasse non videtur.

(3) Institutes de Gaius, II, § 198. — Cf. Girard, 2e éd., p. 886. — Mainz, 5e éd., t. III, p. 672. — Baron, *Pandekten*, 9e éd., p. 773, note 28.

(4) Gaius, II, 5 (XII, ou XIII), de Legatis, pr. : Legatorum genera sunt quatuor, vindicationis, damnationis, sinendi modo, et preceptionis.

(5) Paul. III, 8, § 6 ; interpr. : ... legatum vindicationis, id est, quod non exspectato herede legatarius præsumit.

partie des conséquences traditionnelles de la distinction (1). Toutefois, il faut reconnaître que la théorie des legs n'est plus le chef-d'œuvre de logique déductive dont la jurisprudence romaine avait réglé l'harmonieuse ordonnance. Certains détails ne sont plus compris : on a perdu le sens du legs *per præceptionem*, qu'on semble faire dériver étymologiquement d'un ordre émané du de cujus : *præceptio* signifirait commandement (2). Dans la mesure où elle reste exacte et claire, la classification a diminué d'intérêt. Elle avait pour utilité primordiale et essentielle de déterminer quelle action appartenait au légataire : elle supposait donc une division précise et inflexible des actions. Or la généralisation de la procédure extraordinaire a porté un coup sensible au régime ancien, d'après lequel chaque action vivait d'une existence à part, localisée, sans point de contact avec les autres. Un pareil système avait besoin pour se maintenir de la procédure formulaire. La division des actions se matérialisait dans la division des formules : les diverses actions se reconnaissaient et se différenciaient grâce à la formule qui recouvrait chacune d'elles comme d'un vêtement spécialement nuancé : cette enveloppe concrète et sensible conservait l'intégrité des caractères abstraits et juridiques de l'action prise en soi. Une fois la procédure extraordinaire devenue de droit commun, les formules ont disparu avec leur rigide exclusivisme, et par suite les actions elles-mêmes se sont rapprochées. Les limites qui les séparaient ont perdu de leur solidité ;

(1) Voir Gaius, II, 5 (ou XII, ou XIII), de legatis. — Paul, III, 8.

(2) Paul, III, 8, § 1. *Per præceptionem* uni ex heredibus nummi legati, qui domi non erant, officio judicis familiæ herciscundæ a coheredibus præstabuntur. — Interpr. : Si testator uni ex heredibus pecuniam, quam in substantia non reliquit, dari *præceperit*, nummi, qui in legato relicti sunt, legatario tempore divisionis a coheredibus implebuntur.

toutes les catégories anciennes ont tendu à se fondre dans une imprécision sans contour comme sans couleur. L'individualisation des actions était liée au formalisme de la procédure ; celui-ci correspondait lui-même au formalisme des actes générateurs de droit : une même décomposition devait atteindre cette triple manifestation d'une tendance unique.

Ce qui devait agir le plus énergiquement pour préparer la fusion des différentes classes de legs, et des actions par eux engendrées, c'était l'abolition des termes sacramentels. Lorsque les disposants usèrent de la faculté de s'exprimer d'une façon quelconque, il devenait très difficile de savoir s'ils avaient voulu conférer un droit réel ou un droit personnel. Chaque legs pouvait être envisagé sous tel jour qu'il plaisait aux parties ou au juge ; on était autorisé à considérer tout légataire comme armé *per damnationem* d'une créance contre l'héritier, sans qu'il fût besoin de rattacher cette solution à un texte législatif déterminé : c'est peut-être la raison qui explique que le Bréviaire ne signale ni le sénatus-consulte Néronien, ni la jurisprudence qui l'a développé.

Il n'est pas permis au testateur d'épuiser par des legs la totalité de son patrimoine : l'héritier inscrit a toujours le droit de retenir la *quarte Falcidie*, c'est-à-dire le quart de la part pour laquelle il est institué. Il faut, en cette matière, prêter grande attention pour n'être pas trompé par les mots : ce que l'*interpretatio* du Bréviaire nomme *Falcidie* (1) n'est souvent que la *Légitime*, institution

(1) Paul. III. 11. § 3. interpr. : — IV. 5. § 6. interpr. On arrive à prendre le mot de Falcidie dans le sens de quarte, alors même qu'il s'agit de la succession ab intestat, et qu'aucune action en réduction n'est en cause. Voir Lex. Rom. Burg. X, § 3 : Quod si defunctus ipse filios non habeat vel nepotes ex filio, et nepotes tantum ex filia relinquat, in dodrante id est in tribus hereditatis porcionibus avo

qui, comme nous le verrons, diffère essentiellement de la précédente. Le Bréviaire connait cependant la Falcidie, au sens correct de l'expression, et plusieurs passages en octroient sans contestation possible le bénéfice à l'héritier (1). Seulement, on ne pourra pas réduire les legs adressés aux églises pour honorer Dieu : lorsqu'on procède au calcul de la quarte, il faut avant toutes choses déduire de la masse héréditaire les dettes, — ce qui va de soi, — et les legs pieux, — ce qui avait besoin d'être dit (2).

Tel est l'ensemble des prescriptions qui régissent les legs : il s'en dégage une singulière impression de décrépitude et de caducité. On devine une théorie qui fut jadis savante et féconde ; il en subsiste encore des vestiges imposants, mais le lien intime qui les groupait en une vivante unité a disparu ; l'esprit qui animait les vieux dogmes juridiques est anéanti ; il ne reste plus qu'une lettre morte, une encombrante collection de préceptes incompris ou stériles.

aviæque succedant : *quarta vero, id est Falcidia*, ad agnatos defuncti ejusque filio nepoti ac pronepoti per virilem sexum descendentibus deferatur.. — Lex. Rom. Wis. C. Th. V, 1, c. 4, § 1.

(1) Gaius, II, 6. Lege Falcidia constitutum est, ut, quicunque heres fuerit institutus, quartam partem totius hereditatis habeat. Quod si testator hereditatem suam legatis exinanierit, hoc statutum est, ut Falcidiam sibi de imminutione legatorum heres retineat, constante nihilominus testamento. Cf. Paul. III, 11, § 1 ; IV, 3, § 3 ; IV, 5, § 5.

(2) Paul, IV, 3, § 3. Lex Falcidia itemque Senatusconsultum Pegasianum, deducto omni aere alieno deorumque donis, quartam residuæ hereditatis ad heredem voluit pertinere. — Interpr. : Lex Falcidia, similiter et Pegasianum senatusconsultum, facta hereditarii debiti ratione et separatis his, quæ in honorem Dei ecclesiis relinquuntur, quartam hereditatis ex omnibus ad scriptum heredem censuit pertinere. — Il est à remarquer que le texte de Paul accordait déjà aux legs en faveur des dieux le privilège que l'*Interpretatio* reconnait aux legs en faveur des Églises.

II

Les Fidéicommis.

En se débarrassant peu à peu de leur allure raide et archaïque, les legs se rapprochaient des fidéicommis, de structure plus souple et plus moderne. Mais le Bréviaire constate encore un certain nombre de différences entre ces deux modes de disposer *mortis causa* (1). Nous aurons, chemin faisant, l'occasion de signaler les plus importantes.

De même que les legs supposent un héritier inscrit, de même les fidéicommis impliquent l'intervention d'un tiers entre le disposant et le bénéficiaire. Seulement, toute arrière-pensée formaliste est écartée, lorsqu'il s'agit de déterminer le cercle des personnes susceptibles d'être grevées de fidéicommis : une seule condition est nécessaire : il faut et il suffit qu'on reçoive quelque chose de la succession à un titre gratuit quelconque (2). Cette formule comprend, outre les héritiers institués et leurs substitués (3), les légataires (4), d'autres fidéicommis-

(1) [illegible]

(2) [illegible]

(3) [illegible]

(4) [illegible]

saires (1), même les héritiers ab intestat (2). C'est en effet le trait caractéristique des fidéicommis d'être indépendants d'un testament qui peut ne pas exister. Ils existent en eux-mêmes et par eux-mêmes. Ils sont valablement insérés, non seulement dans un testament ou un codicille confirmé, mais aussi dans un codicille non confirmé ou ab intestat (3). Tout écrit est susceptible de les contenir ; le disposant choisit la rédaction qui lui convient le mieux. Tantôt il s'adresse au grevé, et le prie de faire passer tel bien sur la tête du bénéficiaire qu'il désigne : il doit seulement se garder d'expressions qui se référeraient à une transmission directe de lui au gratifié, car ces *directa verba* donneraient naissance à un legs, non pas à un fidéicommis (4). Tantôt, au contraire, on s'adresse au bénéficiaire lui-même, en lui communiquant les intentions libérales dont on est animé à son endroit (5). Ces actes dont l'auteur emploie le discours direct prenaient aisé-

(1) Gaius, eod. tit., § 2. Ab ipso fideicommissario alteri fideicommissum dimitti potest.

(2) Paul. IV, 1, § 4, interpr. : Si a quocunque per testamentum surdus aut mutus heres fuerint instituti, aut ab intestato fortasse successerint : si quid aut per testamentum aut per legitimum numerum [testium] fideicommissi nomine ut dare debeant, fuerint delegati, id dare omnimodis compellùntur.

(3) Paul. IV, 1, § 10. Interpr. : Per codicillos fideicommissum relictum jure debetur, etiamsi codicilli testamento non fuerint confirmati. — Gaius, II, 7 (ou XIV, ou XV), de fideicommissis, § 8.

(4) Paul. IV, 1, § 6, Interpr. : Si quando fideicommissum relinquitur, precativis verbis relinqui potest, ut roget quis, injungat, petat, speret, ut id, quod fidei suae commissum est, ad eum, quem testator voluit, sicut injunxit, ita faciat pervenire. Nam si dicat quis : *dimitto hoc illi, vel commendo*, quia verba directa sunt, fideicommissi locum habere non possunt.

(5) Paul. IV, 1, § 5. Interpr. : Qui fideicommissum cuicunque dimittit potest his verbis ad eum, cui reliquerit, loqui : *volo tibi de rebus meis illud esse donatum* : aut, *spero a te, ut illa re digneris esse contentus*. Quod tamen debet aut testamenti serie aut testium professione constare.

ment la forme d'une lettre, *epistola* (1). Le Bréviaire nous en fournit la preuve certaine (2), et ses indications sont corroborées par de nombreux témoignages antérieurs et postérieurs : avant comme après les invasions, les *epistolæ* étaient utilisées pour la réalisation d'opérations juridiques multiples, particulièrement de donations et de fidéicommis (3). Notons que l'*epistola* n'indique pas nécessairement que les parties soient éloignées l'une de l'autre : parfois elle se rédige et se remet *inter præsentes* (4). D'ailleurs, si les écrits étaient d'un précieux secours pour la preuve, ils n'étaient pas requis *ad solemnitatem*. Le fidéicommis est une manifestation de volonté, peu importe sous quelle forme elle se produit (5). Une déclaration verbale suffit (6), un mot, un simple geste : *nutus* (7).

(1) Cf. Gneist. *Die formellen Verträge*, p. 336. — Brunner. *Zur Rechtsgeschichte der Römischen und Germanischen Urkunde*, p. 52. 146. — M. Esmein. cours fait à l'École des Hautes Études en 1896 sur le *Testament en Droit canonique*.

(2) C. Th. IV, 4. c. 2. interpr. : Si quis moriens principi vel propinquis vel amicis ejus aliquid per codicillum aut per epistolam crediderit relinquendum. pietatis intuitu id præcipit non valere : sed si quid tali modo privatis fuerit derelictum, et de talibus chartulis orta fuerit fortasse contentio, in judicis discussione consistat, utrum possit scriptura prolata jure subsistere.

(3) Voici, pour l'empire romain, les textes qui le prouvent :

1° Relativement aux dotations : Fr. Vat., § 281. — D. VI. 1, fr. 77 (Ulpien). — C. J. VIII, 53, c. 13 (Dioclétien et Maximien).

2° Relativement aux actes à cause de mort : D. XXXV, 1, fr. 38 (Paul). — D. XXXII. fr. 37. § 3 (Scævola). — D. XXXI. fr. 75 (Papinien). — C. J. VI. 42, c. 22 (Dioclétien et Maximien).

Pour les royaumes barbares, les formules ou les actes concrets conçus en forme d'*epistolæ* ne se comptent plus.

(4) C. J. VIII, 37. c. 1. (Sévère et Antonien).

(5) Rappelons-nous les *ceteræ voluntates* du Bréviaire : C. Th. IV, 4. c. 1. et interpr. Voir *supra*, p. 71, note 2.

(6) Paul. IV. 1. § 5. Interpr. : les fidéicommis sont valables, ou bien *testamenti serie* (ce qui fait allusion à l'écriture), ou bien *testium professione*, c'est-à-dire en vertu de déclarations purement verbales.

(7) C. J. VI. 42, c. 22. (Dioclétien et Maximien) : Et in epistula vel

disait Dioclétien. Si le Bréviaire ne s'arrête plus avec la même complaisance sur des moyens si simples, du moins ne les proscrit-il pas, et il les admet implicitement en posant avec beaucoup de fermeté une règle unique : la présence de cinq témoins (1). C'est la prescription que nous avons signalée à propos des legs, et qui s'applique aussi bien aux codicilles confirmés qu'aux codicilles non confirmés ou ab intestat, aux *epistolæ* et aux déclarations verbales. Ce formalisme, réduit au minimum, est mis lui-même de côté lorsque le bénéficiaire est le fils du disposant (2) : les fidéicommis, comme les testaments, sont dégagés de toute entrave entre parents et enfants.

Quelles que fussent les parties en cause, la révocation d'un fidéicommis devait être exempte de formes, comme au temps classique (3), et c'est peut-être la simplicité de cette solution qui explique le laconisme du Bréviaire ; il se borne à nous dire que la vente de l'objet emporte révocation (4). C'en est assez pour nous assurer que le principe de révocabilité souverainement libre s'appliquait aussi bien aux fidéicommis qu'à tout autre disposition testamentaire, et c'est ce qu'il importait surtout de constater.

Si le disposant meurt sans avoir changé d'intention, il faut enregistrer le fidéicommis, comme toute volonté d'un mort (5). Mais c'est affaire à ceux qui lui survivent ; il a

brevi libello vel sine scriptura, immo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus nulla dubitatio est.

(1) C. Th. IV, 4, c. 1.

(2) Paul, IV, 1, § 11. Filio quibuscunque verbis a patre fideicommissum relictum jure debetur : sufficit enim inter conjunctas personas quibuscunque verbis, ut in donatione, voluntas expressa.

(3) D. XXXIV, 4, fr. 3, § 11 (Ulpien). — Cf. Girard, 2e éd., p. 889.

(4) Paul, IV, 1, § 9 : Testator supervivens, si eam rem, quam reliquerat, vendiderit, exstinguitur fideicommissum.

(5) C. Th. IV, 4, c. 4. Interpr. Voir *supra*, p. 30, note 2.

quant à lui satisfait aux exigences légales, dès qu'il a réuni les cinq témoins. Il lui est assez facile de se mettre en règle sous ce rapport. On est moins aisément assuré de n'avoir rien omis des observances minutieuses imposées à un testament : il faut tenir compte, outre des règles des forme, de la technique compliquée qui gouverne l'institution d'héritier et l'exhérédation. Aussi les personnes qui rédigeaient de véritables testaments entendaient-elles se ménager également les avantages des fidéicommis. Elles y réussissaient au moyen de la *clause codicillaire*. En l'absence d'indication spéciale de leur part, leur testament, s'il eût été frappé de nullité, serait tombé sans pouvoir se relever sous aucun prétexte. Mais on prit l'habitude d'insérer une formule à peu près ainsi conçue : si les présentes tablettes ne peuvent valoir comme testament, j'entends qu'elles produisent effet en tant que codicilles. Cette clause était devenue courante, et presque de style (1). Comme les conditions de forme des codicilles ab intestat étaient le plus souvent remplies, les dispositions du *de cujus* se trouvaient en toute hypothèse maintenues à titre de fidéicommis. Mais quel était le pouvoir des fidéicommis? Dans quelle mesure suppléaient-ils les legs ou les institutions d'héritier? Quels résultats étaient-ils seuls capables de procurer?

Dans un premier emploi, le fidéicommis sert à faire passer sur la tête d'un tiers, à titre particulier, un élé-

(1) C. Th. IV, 4, c. 7 ; pr. : ...illud sanciamus, ut, si testator faciens testamentum in eodem pro codicillis etiam id valere complexus sit, qui hereditatem petit ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens, se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse. — Les documents concrets nous permettent de constater la fréquence de la clause : les 5 testaments relatés sur les papyrus de Ravenne contiennent la clause codicillaire (Spangenberg, p. 97, 99, 101, 103, 107). De même les testaments de saint Césaire et de saint Remi, (Pardessus, *Diplomata*, nos 139 et 118).

ment actif quelconque du patrimoine (1). Il aboutit donc au même but que le legs; mais s'il s'agit d'un objet corporel, le légataire *per vindicationem* bénéficie d'une action réelle : au contraire le fidéicommissaire n'est jamais rendu propriétaire. Simple créancier du fiduciaire, il doit dans tous les cas s'adresser à celui-ci par voie d'action personnelle (2).

Le fidéicommis fournit également le moyen de réaliser des dispositions portant sur une quote-part ou sur la totalité du patrimoine. Le *legs partiaire* (3) du temps classique avait lui aussi pour objet une partie aliquote de la succession : mais il n'en constituait pas moins une opération à titre particulier. L'héritier restait seul titulaire actif ou passif des droits et obligations du défunt; pour transférer au légataire l'émolument des créances et se faire rembourser par lui le montant des dettes, il devait conclure une série de contrats, les *stipulationes partis et pro parte* (4). Le fidéicommis se rapproche beaucoup plus d'une transmission à titre universel: supposez l'héritier ab intestat chargé de restituer toute la succession, et il semble qu'on aboutisse à une véritable institution d'héritier : on aurait seulement l'avantage d'éviter les nullités de forme et d'être plus libre dans le choix des modalités.

(1) Gaius, II, 7 (ou XIV, ou XV), de fideicommissis, § 1. Et singulae quaecunque res per fideicommissum dimitti possunt, hoc est, aut fundus aut domus aut mancipium aut argentum. — Paul, IV, 1, § 7, 15.

(2) Paul, IV, 1, § 18. Jus omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit.

(3) Le Bréviaire ne mentionne plus le legs partiaire. On peut même se demander s'il n'est pas proscrit par une sentence de Paul qui n'admet qu'une *certa res* pour objet d'un legs (III, 8, § 12). Le développement des fidéicommis avait rendu inutile et fait disparaître cette grossière contrefaçon des transmissions à titre universel.

(4) Ulpien, *Regulae*, XXV, 15. Cf. Girard, 2e éd., p. 908. — Cuq, p. 554. — Mainz, 5e éd., t. III, p. 635. — Baron, *Pandekten*, 9e éd., p. 790.

Mais en réalité l'institution d'héritier conserve encore quelques traits de réelle supériorité. Elle ne met en présence que deux personnes, le disposant et le gratifié; on élude ainsi les causes de nullité que pourrait entraîner l'incapacité du fiduciaire. Puis l'héritier inscrit n'est pas exposé à la même retenue que le fidéicommissaire : tout grevé de fidéicommis jouit en effet du droit de conserver la *quarte Pégasienne*. égale au quart de la part pour laquelle il est le successeur au moins provisoire du défunt (1); il exerce ce droit. quel que soit l'objet du ou des fidéicommis. *res certæ*. sommes d'argent. quotes-parts ou totalité de la succession (2). Enfin le fidéicommis d'hérédité ne fait pas toujours du bénéficiaire un successeur universel. Il s'était formé sur ce point. à la suite des sénatus-consulte Pégasien et Trébellien, une jurisprudence compliquée que le Bréviaire s'est appropriée. Trois cas sont à distinguer : 1° l'héritier se déclare tout prêt à s'acquitter de ses devoirs, mais il entend aussi user de ses droits et retenir la quarte Pégasienne. La restitution des trois quarts qui reviennent au fidéicommissaire sera assurée par les stipulations *partis et pro parte* (3); le fi-

(1) Paul, III, 11, § 1. Interpr. ; Si quis faciat testamentum et heredem instituat. et omnem suam hereditatem legatariis aut fideicommissariis vel mortis causa donationibus conferat, valet quidem testamentum : sed heres scriptus quartam sibi ex omnibus bonis retinet testatoris. — Paul, IV, 3, § 3.

(2) Gaius, II, 7 (ou XIV, ou XV), pr. : ... Sed in hac quoque re hoc observandum est, quod de Falcidia supra jam dictum est, ut heres institutus, etiamsi omnem hereditatem alii restituere jussus sit, ita hereditatem alii restituat, ut quartam sibi ex ipsa hereditate retineat.

(3) Paul, IV, 3, § 1. Inter heredem et fideicommissarium, cui ex Pegasiano hereditas restituitur, partis et pro parte stipulatio interponitur : ut heredi instituto pro quarta actiones, pro ceteris vero portionibus fideicommissario competant. — Interpr.: Inter heredem et eum, cui hereditatem per fideicommissum jussus est reformare, ita inter-

déicommissaire est successeur particulier, *loco legatarii*. 2° Non seulement l'héritier consent à rendre les trois quarts, mais il renonce même à la quarte Pégasienne. En pareille circonstance le fidéicommissaire est *loco heredis*, successeur universel, créancier des créances et débiteur des dettes du défunt (1). 3° L'héritier trouve les ennuis de l'opération hors de proportion avec le mince profit qu'il en retirerait : il refuse d'accepter la succession. Le fidéicommissaire peut le forcer en justice à faire adition (2). Mais alors l'héritier récalcitrant perd sa quarte, et le fidéicommissaire est *loco heredis* pour la totalité du patrimoine (3). Les textes de Paul reproduits au Bréviaire indiquent exactement le détail de ces situations diverses ; mais on sent que les auteurs de l'*interpretatio* ne sont pas très à l'aise au milieu de ces subtilités ; les distinctions entre la restitution selon le Trébellien, c'est-à-dire à titre universel, ou selon le Pégasien, c'est-à-dire à titre parti-

posita stipulatione observandum est, ut heres pro quarta, quam sibi retinet, quartæ partis excipiat actiones : et fideicommissarius pro tribus tantum partibus, quæ ad eum ex hereditate perveniunt, oneretur.

(1) Paul, IV, 3, § 2. Totam hereditatem restituere rogatus, si quartam retinere nolit, magis est, ut eam ex Trebelliano debeat restituere : tunc enim omnes actiones in fideicommissarium dantur. Interpr. : Si is, qui totam hereditatem per fideicommissum alteri reddere jussus est, quartam sibi jure concessam noluerit retinere, necesse est, ut fideicommissario integram hereditatem restituat. Quo facto, sicut omnis hereditas, ita ad eum omnes hereditariæ transeunt actiones.

(2) Paul, IV, 4, § 2. Heres per magistratus municipales ex auctoritate præsidis, fideicommissario postulante, hereditatem adire et restituere compellitur. — § 3, interpr. : Si is, qui heres scriptus est et alteri hereditatem restituere jussus est, adire hereditatem dissimulet, potest fideicommissarius obtinere, ut is, qui heres in hoc ordine scriptus est, et hereditatem adire et restituere jubeatur.

(3) Paul, IV, 4, § 4. Interpr. : Qui hereditatem, quam restituere jussus est, adire dubitabat, si eam suscipere compulsus fuerit, integram eam fideicommissario reformare compellitur.

culier, disparaissent de leurs préoccupations. Ils ne voient nettement que deux points : le droit du grevé à la quarte; le droit du fidéicommissaire à l'adition forcée du grevé, avec perte de la quarte pour ce grevé réfractaire.

Le résultat le plus extraordinaire qu'on puisse obtenir par un fidéicommis est de déterminer pour un nombre illimité de générations la dévolution des biens qu'on laisse à son décès. Lorsqu'on institue un héritier, il est possible d'adjoindre une substitution vulgaire sous condition suspensive ou à terme incertain : on établit ainsi, à côté de l'institué, un autre personnage qui guettera la succession pour la saisir si tel événement se réalise. Mais l'échéance doit se placer du vivant même de l'institué (1). Au contraire, le droit des fidéicommis est beaucoup plus large dans l'admission des modalités; le disposant peut grever son héritier de la charge de restituer la succession à telle personne, pour le moment même où cet héritier mourra (2) : c'est ce qu'on nomme une *substitution fidéicommissaire*. Le substitué peut à son tour être mis dans l'obligation d'opérer une restitution analogue au profit d'un troisième

(1) Gaius, II, 4 (ou XII), § 3. Nam si extraneus heres scriptus sit, etsi aliquem substituere non possumus, ut si heres exstiterit, et intra aliquod tempus mortuus fuerit, alius ei heres sit, potest tamen per fideicommissum obligari, ut alii rogatus a testatore hereditatem aut integram aut pro parte restituat. — II, 7 (ou XIV, ou XV), de fideicommissis. § 8, ... Quamvis non possumus, post mortem ejus, quem heredem instituimus, alium ei substituere, tamen per fideicommissum rogare eum possumus, ut quum moriatur, alii eam hereditatem vel totam vel pro parte restituat.

(2) Gaius, II, 7 (ou XIV, ou XV), de fideicommissis. § 8, ... Fideicommissum ad eum, cui aliquid dimissum est, herede mortuo poterit pervenire, si talis fuerit conditio testamenti... Et quia, sicut superius dictum est, etiam post mortem heredis fideicommissum ei, cui relictum est, dari potest : idem efficere possumus, quod hoc ordine fit, ut testator scribat : *illum heredem instituo, et volo, ut quum mortuus fuerit, ad illum hereditas mea pertineat.*

appelé ; en imposant la même nécessité à ce troisième appelé, puis à un quatrième, et ainsi de suite, le père de famille arrive à régler le sort de ses biens à perpétuité.

Les fidéicommis ont ainsi pris une place considérable dans l'ensemble des actes à cause de mort ; d'origine relativement récente, ils sont doués d'une merveilleuse flexibilité ; ils se plient à toutes les situations, et servent aux fins les plus diverses. Parfois ils se modèlent sur les legs, et les legs, en revanche, assouplissent à leur contact leur allure embarrassée ; parfois ils imitent l'institution d'héritier, et par d'ingénieuses combinaisons ils réussisent à en surpasser la puissance. Le fidéicommis est l'élément jeune et vigoureux du droit testamentaire ; il en envahit le domaine entier, et impose sa loi à ce qui survit des créations archaïques.

CHAPITRE IV

CLAUSES ACCESSOIRES DU TESTAMENT

Si le testament n'avait d'autre but que de déterminer quelles personnes doivent succéder aux biens et droits du défunt, il ne renfermerait jamais que des institutions d'héritier, des legs ou des fidéicommis, et nous aurions achevé la revue des clauses qu'il peut contenir. Mais il porte plus loin que la sphère des intérêts purement patrimoniaux ; dans cet acte suprême, le père de famille pense à tout ce qui lui a tenu au cœur durant sa vie. La loi positive s'incline devant ses désirs ; elle l'autorise à pourvoir aux difficultés dont la préoccupation troublerait ses derniers moments, s'il ne lui était pas possible d'en régler lui-même la solution.

I

Nominations de Tuteurs.

Un chef de famille avant de mourir peut nommer le tuteur de ses enfants ou petits-enfants impubères (1). Il

(1) Gaius, I, 7, § 2. Testamentarii sunt, quos patres aut avi paterni in testamento suo tutores filiis aut nepotibus delegaverint. — Cf. C. Th. III, 17, § 3 et interpr.

choisira, par exemple, un affranchi sur le dévouement duquel il croit pouvoir compter. Sa volonté est si scrupuleusement respectée, que le Bréviaire ne permet pas d'écarter cet affranchi, même s'il n'est pas à la hauteur de sa mission ; on autorise seulement, en ce cas, l'adjonction d'un curateur (1). Cette désignation de tuteur devait se faire, en droit classique, par testament ou par codicile confirmé (2), et telle semble bien être encore la règle suivie au VI[e] siècle (3).

II

Affranchissements testamentaires.

Très souvent le testateur désire conférer, en quittant la vie, la liberté à un certain nombre d'esclaves. Deux moyens lui sont offerts pour la réalisation de ses intentions, et le Bréviaire distingue nettement la *directa libertas* (4) et la *libertas fideicommissa* (5).

On peut d'abord procéder directement (6) à l'affran-

(1) Paul, II, 30, § 1. Libertus, quem pater tutorem dedit, si minus idoneus dicatur, excusari quidem non potest, sed adjungi illi curator potest. — Interpr. : Si a patre filiis minoribus libertus tutor fuerit derelictus, si parum idoneus videtur, excusari quidem ab actione tutelæ non potest; sed potest illi curator adjungi.

(2) D. XXVI, 2, fr. 3 (Ulpien).

(3) Gaius. I. 7, pr. : Tutores aut legitimi sunt aut testamentarii. — Il n'est jamais question d'un tuteur institué par fidéicommis. Cf. § 2. — C. Th. III. 17, c. 3 et interpr.; II, 18, c. unique et interpr.

(4) Gaius. II. 7 (ou XIV ou XV), § 8... Per legatum servo alieno *directa libertas* dari non potest.

(5) Paul. IV. 11, § 4 : *Fideicommissa libertas* data facto heredis non mutatur, si servum, quem manumittere jussus est, vinxerit. — IV. XII. § 2 et 3.

(6) Gaius. I, 1. § 1. Cives Romani sunt, qui his tribus modis, id est testamento, aut in ecclesia, aut ante consulem fuerint manumissi.

chissement par une clause de testament ou de codicille (1). Dès que le testament a pris valeur par l'adition de l'héritier, l'esclave sort de servitude en vertu de la volonté du défunt : il devient l'affranchi de son ancien maître (2).

Au contraire, le disposant peut se borner à prier un héritier, un légataire ou un fidéicommissaire, d'affranchir tel esclave (3). Cette prière sera un fidéicommis, qui bénéficiera de la simplicité de formes dont on se contente pour ces actes : mais le seul effet produit sera d'obliger le grevé de procéder à l'affranchissement (4). Il devra recourir à un des modes entre-vifs de droit commun, et c'est lui qui sera patron de l'affranchi.

Il va sans dire que cette seconde manière d'opérer est inadmissible, et que la liberté doit résulter immédiatement du testament, lorsque l'esclave est institué héritier nécessaire (5). S'il est nommé tuteur de l'enfant institué

(1) Paul. IV, 13, § 2. Codicillis testamento confirmatæ libertes cum his, quæ tabulis testamenti datæ sunt, concurrunt : et sive antecedant, sive sequantur testamentum, novissimo loco adhibentur : quia ex testamento utræque confirmantur. — Interpr. : Quoties per testamentum et codicillum libertates dantur, qui in codicillo manumissi sunt, sive ante testamentum factus sit codicillus, sive postea et testamento confirmatus sit, posteriori loco tamen habendi sunt, qui per codicillos fuerint manumissi. — Le texte de Paul parle de codicilles confirmés, et l'*interpretatio* de codicilles sans épithètes : il est probable que le droit avait évolué entre le IIe et le VIe siècle, et qu'au temps d'Alaric on se contentait de codicilles non confirmés.

(2) Gaius, II, 7 (ou XIV ou XV), de fideicommissis, § 7, *in fine*, a contrario.

(3) Gaius, II, 7 (ou XIV, ou XV), de fideicommissis, § 7. Libertates etiam servis per fideicommissum dari possunt, ut heres vel legatarius ea mancipia manumittant, quæ testator ab iis ut manumitterent speravit... Sed quum per fideicommissum libertas datur, is, qui manumissus fuerit, non testatoris, sed heredis libertus est.

(4) Paul. IV, 11, § 4 : interp. : Per fideicommissum data libertas ab herede per hoc revocari non potest, si servum, quem manumittere jussus est, vinxerit.

(5) Gaius, II, 3, (ou XI), § 6 : Necessarii sunt heredes servi, qui

héritier, la logique des principes exigerait également un affranchissement direct, et défendrait de tenir compte d'un fidéicommis de liberté : l'impubère en effet ne peut pas effectuer un affranchissement sans l'*auctoritas tutoris*. Mais on se relâche de cette sévérité, et on procède comme au cas d'absence : le magistrat confère la liberté à l'esclave, qui devient tuteur (1), — et la volonté du mort est respectée.

Qu'il y ait affranchissement direct ou par fidéicommis (2), dans les deux cas, les intentions libérales du disposant sont soumises aux limitations de la loi *Fufia Caninia* (3). Le nombre d'esclaves qu'un maître affranchit par acte *mortis causa* ne peut pas s'élever au dessus d'un certain chiffre, variable selon la quantité totale de ses esclaves, et qui,

cum libertate heredes instituuntur. — Certains jurisconsultes avaient admis en ce cas que l'institution impliquait par elle-même affranchissement (Voir Institutes de Justinien, II, 14, pr).

(1) Paul, IV, 12, § 3. Interpr. : Si quis moriens servis suis libertatem dandam filiorum fidei commiserit eosque filiis suis tutores esse præceperit, hoc ordine fideicommissa libertas aliquatenus impeditur : quia nec pupilli sine tutoris auctoritate servos manumittere possunt : et qui tutores a patre nominatim relictos habent, alios tutores habere non possunt. Sed in tali casu ordinis consilio et ratione prospectum est, ut data his a judice secundum formam testamenti primitus libertate, etiam tutores esse prævaleant.

(2) Paul. IV, 1, § 16. Quoties libertis fideicommissum relinquitur, ad eos tantummodo placuit pertinere, qui manumissi sunt vel qui in eodem testamento libertatem intra numerum legitimum consecuti sunt. — Interpr. : Si quando libertis fideicommissum relictum fuerit, his debetur, qui manumissi sunt, vel eis, *qui intra legitimum numerum libertatem fuerint consecuti*. Legitimus autem numerus est, qui secundum Legem Fusiam Caniniam custoditur. — L'incidente de l'*interpretatio*, relative au *numerus legitimus*, a une portée tout à fait générale ; elle s'applique à tous les affranchissements *mortis causa*.

(3) Il n'y a pas lieu de rechercher ici dans quelle mesure la loi *Ælia Sentia* était encore observée : les restrictions qu'elle apportait aux affranchissements n'étaient pas spéciales aux affranchissements par acte de dernière volonté.

en aucune hypothèse, ne doit dépasser cent (1). C'est un étrange souvenir d'une législation païenne et aristocratique, qui redoutait un élargissement trop libéral du cercle des citoyens, au milieu d'une société où commence à circuler le souffle de la charité chrétienne.

III

Règlements funéraires.

On aimait aussi à déterminer par testament les détails de ses funérailles et le lieu de sa sépulture. Les textes officiels du VI[e] siècle ne parlent pas de ces dispositions ; mais les documents de pratique nous montrent combien elles étaient répandues (2).

IV

Mandats posthumes.

Lorsque le mourant attachait une importance particu-

(1) Gaius, I. 2, pr. : Constitutum est, quantum servorum numerum testamento de quanta familia liceat manumitti, hoc ordine : .....Sed hoc statutum est, ut de quamlibet grandi familia nulli amplius quam centum testamento manumittere liceat. — Paul, IV, 13, § 4. — Il est à remarquer que, dans le détail des nombres d'affranchissements possibles comparativement au nombre total d'esclaves, les indications de Gaius ne concordent pas exactement avec celles de Paul.

(2) Voir le codicille de saint Remi (Pardessus, t. I, p. 84) Post conditum testamentum imo signatum, occurrit sensibus meis ut basilicæ domnorum martyrum Timothei et Apollinaris missorium argenteum sex librarum ibi deputem, ut ex eo sedes futura meorum ossium componatur. — Pour l'époque antérieure, le testament du Lingon (Bruns, *Fontes juris*, 5e éd., p. 297), ceux de Dasumius et de Longinus Castor (Girard, *Textes*, 2e éd., p. 722 et 726) contiennent de longues indications sur le même sujet.

lière à l'accomplissement de telle de ses volontés, il commettait parfois un de ses amis pour donner ses soins à l'affaire : c'était le plus souvent à propos des funérailles et de la sépulture qu'on prenait une pareille précaution. On pouvait craindre un peu de négligence de la part des héritiers dans l'accomplissement de devoirs particulièrement douloureux à leur bourse : un enterrement pompeux, un tombeau de grande allure coûtent fort cher, et les héritiers sont rarement empressés à placer de grosses sommes sur la vanité d'un mort qui ne les remboursera jamais. Aussi est-il prudent de confier le soin de ces choses à un ami d'une fidélité éprouvée, et désintéressé dans la question. Les Romains étaient trop avisés pour ne pas le comprendre. De modernes érudits ont relevé avec grand soin, dans les documents qu'ils nous ont laissés, tous les passages où apparaissent ces mandataires posthumes. A la vérité, aucune de ces citations n'appartient à la fois à l'époque et à la région qui font l'objet de cette étude ; mais comme on a groupé tous les témoignages concordants pour les généraliser, les relier aux textes postérieurs et prolonger l'enchaînement jusqu'aux exécuteurs testamentaires (1), il importe de signaler les plus importants.

Ce sont d'abord quatre textes du Digeste, empruntés à Ulpien et à Scœvola (2), qui nous montrent une personne chargeant un de ses amis de s'occuper de ses funérailles et de son tombeau. Tantôt un contrat de mandat est intervenu entre les deux parties, tantôt c'est par acte de dernière volonté et sous forme de fidéicommis que le mourant a réclamé l'assistance de son ami. Celui-ci est

(1) Voir De Laurière; *Glossaire*, v° Exécuteur testamentaire ; — et les auteurs cités par Le Fort, *Des exécuteurs testamentaires*, p. 6, note 1.

(2) XI, 7, fr. 12, § 4 ; — fr. 14 ; — XVII, 1, fr., 12, § 17 (Ulpien). — XXXI, fr. 88, § 1 (Scævola).

considéré comme mandataire, mais les règles ordinaires du mandat sont tenues en échec, puisque la mort du mandant ne rompt pas le contrat. La gratuité naturelle du mandat peut aussi être écartée : le *de cujus* est libre d'attribuer une rémunération à son homme de confiance. Mais s'il ne l'a pas fait, s'il s'est contenté de l'autoriser à prélever tant de sesterces pour les frais d'enterrement, l'ami doit rendre aux héritiers l'excédent non dépensé. L'ami qui ne s'acquitterait pas de sa mission perdrait le droit à la récompense qui pourrait lui être destinée; il serait exposé à une action de dol s'il gardait les fonds à lui avancés: Ulpien accorde même contre lui une poursuite *extra ordinem*, lorsqu'il ne fait pas procéder à l'enterrement comme il en a le devoir.

D'autres fonctions, d'après le Digeste, peuvent encore faire l'objet d'un mandat *post mortem* : il s'agit, par exemple, d'affranchir un esclave (1), d'acheter un fonds pour les héritiers (2), de remettre une somme d'argent à un tiers (3). En ce dernier cas, notamment, on pourrait croire à un fidéicommis; mais Marcellus prévient la confusion : l'intermédiaire est un *minister*. Si la restitution ne peut s'opérer, par suite du décès du bénéficiaire, les deniers font retour aux héritiers; le *minister* n'a pas le droit de les retenir, comme le ferait un fidéicommissaire.

Il est probable que Longinus Castor fait allusion à un personnage analogue dans cette phrase énigmatique de

(1) XVII, 1. fr. 27, § 1 (Gaius). — Ce texte a été interpolé; il se référait primitivement à une mancipation fiduciaire; Lenel le restitue ainsi : Si servum ea lege tibi *mancipio dedero*, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit *fiduciæ* obligatio (Palingénésie, col. 214, notes 3 et 4).

(2) XVII, 1, fr. 13 (Gaius).

(3) XXXI, fr. 17 (Marcellus).

son testament (1) : Μᾶρκον Σεμπρώνιον Ἡρακλιανὸν φίλον καὶ ἀξιόλογον ἐποίησα ἐπίτροπον τῇ ἰδίᾳ πίστι. J'ai institué mon honorable ami Marcus Sempronius Héraclianus ἐπίτροπος sous la bonne foi d'usage. Quel est le sens exact de cette déclaration? S'agit-il de donner un tuteur aux affranchies que le testateur a prises pour héritières? ou d'établir un surveillant qui assure l'exécution de ses dernières volontés? La question est délicate et partage les commentateurs (2). MM. Mommsen (3) et Esmein (4) sont défavorables à l'hypothèse d'une nomination de tuteur, et leur opinion paraît bien fondée. Le patron n'avait pas le droit de nommer le tuteur de ses affranchies: il est vrai qu'il pouvait désigner pour ces fonctions une personne à laquelle le magistrat donnait ensuite l'investiture officielle; mais il n'est pas vraisemblable que notre texte se réfère à cet usage. La phrase litigieuse figure au début d'un codicille : M. S. H. est fait ἐπίτροπος ; on traduit par tuteur; tuteur de qui? des héritières? Il n'en est question qu'au testament, et le codicille ne contient aucune allusion à ces femmes. La mission de l'ἐπίτροπος ne peut se référer qu'au codicille. Quant à définir cette mission, c'est ce qu'il ne paraît pas possible de faire avec certitude. Remarquons seulement que les mots τῇ ἰδίᾳ πίστι semblent s'adresser à un homme de confiance; c'est peut-être un *minister* comme celui qui figure au Digeste, ou plutôt encore un conservateur de l'acte écrit, ἐπίτροπος τῶν κωδικίλλων. Nous saisirions ici la première trace d'une pratique dont le papyrus de Ravenne, à la fin du ve siècle, nous révèle le plein développement.

Ce document nous donne cette fois une indication claire

(1) Col. 2, ligne 16 et 17. — Girard, *textes*, 2e éd., p. 728.
(2) Voir Collinet, *Nouvelle Revue historique*, 1894, p. 573.
(3) *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften*, 1894, III, p. 47 et sq.
(4) Cours professé à l'École des Hautes-Études en 1896.

et précise : les cinq testaments dont il fait mention ont été remis par leur auteur à une personne dont il est sûr, pour être apportés après le décès devant les magistrats municipaux en vue de l'enregistrement (1). Ce gardien des tablettes ne peut pas être choisi à la légère; les héritiers et les légataires sont en quelque sorte à sa discrétion, puisque par la destruction ou la non-représentation de l'écrit il rendrait l'exécution du testament difficile ou même impossible. Toutefois, en droit, il ne faut pas exagérer l'importance du personnage : son rôle se borne à la conservation matérielle de l'écrit. Aujourd'hui encore, il arrive fréquemment qu'on remette entre les mains d'un notaire un testament, même olographe, pour le tenir en réserve jusqu'à l'époque du décès. Le service qu'on attend de l'officier ministériel, on le demandait jadis à un parent ou à un ami : les actes de Ravenne ne nous montrent rien de plus. Ils ne font aucune allusion à des exécuteurs testamentaires chargés de prendre une part active à la répartition de la fortune du défunt. Les cadres juridiques étaient encore trop solides et trop rigides, aux approches du VIe siècle, pour qu'on pût y intégrer une institution qui s'y adaptait si mal. D'après l'antique conception romaine, l'héritier est le continuateur de la personne du défunt, et il l'est seul. Sur lui repose tout le poids des dispositions de celui qui lui a donné vocation; c'est, dans la réalité des faits, un véritable exécuteur testamentaire.

(1) Spangenberg, p. 95 : Johanne Aurelio Verino. Hernilio Bono Principalibus [N. N.] dixit : Offero cartulam testamenti, quam [N. N.] completam atque signatam a testibus, mihi credidit commendandam. Peto, ut eam a competenti officio suscipi jubeatis, testibusque presentibus ostendi, etc... — Formules analogues pour les autres testaments, p. 98, 100, 102, 104. — Le troisième (p. 100) est présenté par la veuve du défunt : c'est à elle qu'avaient été remises les tablettes.

Sans doute, par les pratiques que nous venons de signaler, une atteinte a été portée à sa forte situation; on tend à soustraire un certain nombre d'actes au cercle absolvant de ses attributions. Mais ce ne sont que des mesures isolées, prises en vue d'intérêts spéciaux; nous voyons encore au Bréviaire l'héritier jouer le rôle de *dispensator*, de distributeur des libéralités que le testateur adresse à des œuvres pies (1) : l'heure n'est pas venue de le déposséder de la magistrature privée dont une longue suite de siècles lui a maintenu la possession.

(1) Voir Novelles de Marcien, V. c. unique, § 1. Il s'agit d'une femme qui a institué un prêtre héritier : Universum testamentum jussimus relegi atque replicari, et quum repertum fuisset, alias quoque partes ejusdem voluntatis ita juste ac prudenter institutas, ut nullum de se meritum neglexerit, multa sacrosanctis ecclesiis, multa pauperibus, multa monachis religionis intuitu, multa captivorum redemtioni commota miserabili eorum sorte contulerit, multa libertis suis eadem latorum sibi obsequiorum contemplatione præstiterit, alteram quoque partem institutionis, in qua Anatolium presbyterum reliquit heredem, advertimus ordine fuisse dispositam. *Ea enim mobilia, quæ plurimis juste ac pie reliquit, per hunc voluit universa compleri, ut non solum heredis, sed pæne etiam dispensatoris fungatur officio.*

CHAPITRE V

EXERCICE ET LIMITES DU DROIT DE TESTER

Le droit romain se montre libéral, quand il s'agit de régler l'exercice et l'étendue du droit de tester (1) : en principe toute personne peut faire un testament, et disposer ainsi de son patrimoine comme il lui plaît ; la capacité et la liberté sont la règle. Mais ce double principe comporte des exceptions, motivées soit par la nature même des choses, soit par des sentiments généraux et communs à tous les hommes, soit par des considérations spéciales à la société romaine.

I

Incapacités.

Un certain nombre d'individus sont déclarés incapables de laisser un testament. Ce sont, d'abord, ceux qu'on ne juge pas en état de donner un consentement réfléchi : les impubères, c'est-à-dire les garçons mineurs de 14 ans, et

(1) Ed. Theod., § 28. Faciendorum testamentorum omnibus, quos testari leges permittunt, damus late licentiam.

les filles mineures de 12 ans (1) ; — les personnes atteintes d'aliénation mentale, et qu'on divise en deux catégories : celles dont la folie est ininterrompue, et dont par suite l'incapacité est également continue ; celles qui jouissent d'intervalles lucides, et qui sont admises à tester durant leurs moments de raison (2). — Une extension de la même idée entraîne l'incapacité du prodigue interdit : on craint qu'il ne dépouille sa famille par des générosités inconsidérées (3).

En vertu de théories plus artificielles, le droit romain refuse à certains êtres la personnalité, avec le droit de tester qui en est un des attributs essentiels. Il serait superflu de dire que tel est le cas des esclaves, si les captifs de guerre ne figuraient pas parmi eux : le testament d'un citoyen fait prisonnier par l'ennemi est inefficace, lorsqu'il a été fait en captivité. Mais s'il remonte à une époque antérieure, on le tient pour valable ; le résultat se justifie par la théorie du *postliminium*, quand le captif est libéré avant de mourir, ou dans le cas contraire par la fiction de la *loi Cornelia*, qui fait considérer le soldat comme mort au moment où il est pris, et avant d'avoir subi la *capitis deminutio* (4).

(1) Lex Rom. Wis. Gaius, II, 2 (ou X). § 2. Item testamenta facere non possunt impuberes, id est minores quatuordecim annorum, aut puellæ duodecim. — Paul, III, 4. § 1.

(2) Gaius, II, 2 (ou X). § 3. Item et hi qui furiosi, id est, mente insani fuerint, non possunt facere testamenta. Sed hi, qui insani sunt, per intervalla, quibus sani sunt, possunt facere testamenta. — Paul, III, 4, § 5 ; III, 6, § 4.

(3) Paul, III, 6, § 5. Prodigus recepta vitæ sanitate, ad bonos mores reversus et testamentum facere et ad testamenti solennia adhiberi potest.

(4) Paul, III, 6. § 1. Interpr. : Qui ab hostibus captus fuerit, in captivitate positus, quia servus est, non potest facere testamentum. Sed si quod testamentum ante fecit, si redierit, jure postliminii valet ; si ibidem defecerit, beneficio legis Corneliæ (qua lege etiam legitimæ tutelæ hereditatesque firmantur) valet.

La *testamenti factio* dans les termes du *jus civile* romain est également refusée aux individus qui ne sont pas citoyens. L'extension du droit de cité a considérablement diminué, sous l'Empire, la portée de ce principe ; cependant, même après la constitution Antonine, il trouve encore d'importantes applications dans la législation relative aux affranchis. Ces derniers sont divisés en trois catégories : *cives Romani*, *Latini* et *dediticii* ; ceux de la première classe jouissent seuls de la faculté de tester selon le droit quiritaire (1).

L'organisation romaine de la famille entraîne l'incapacité des enfants en puissance (2) ; comme les esclaves, ils sont *alieni juris*, et n'ont aucun patrimoine dont ils puissent disposer. Toutefois, grâce au développement de la théorie des pécules, on leur a concédé une certaine autonomie juridique ; au Bréviaire, ils sont autorisés à régler par testament la dévolution du pécule castrense (3).

Il convient de remarquer que ni les prêtres, ni les clercs, ni les moines ou les vierges chrétiennes, ne sont placés sous un régime spécial. Il n'en sera pas toujours

(1) Gaius, I, 1, pr. : tria sunt genera libertatum : quia liberti aut cives Romani sunt, aut Latini, aut dediticii. — § 4. Sed inter hæc tria genera libertorum ideo cives Romani meliorem statum habent, quia et testamenta facere et ex textamento quibuscunque personis succedere possunt ; nam Latini et dediticii nec testamenta condere, nec sibi ex testamento aliorum aliquid dimissum possunt ullatenus vindicare.

(2) Gaius. II, 2 (ou X), § 1. Id quoque statutum est, quod non omnibus liceat facere testamentum : sicut sunt hi, qui sui juris non sunt, sed *alieno juri* subjecti sunt, hoc est, filii, tam ex nobis nati, quam adoptivi.

(3) Paul, III, 4, § 3. Filiusfamilias, qui militavit, de castrensi peculio tam communi quam proprio jure testamentum facere potest. Castrense enim peculium est, quod in castris acquiritur vel quod proficiscenti ad militiam datur.

ainsi, et c'est pourquoi le fait mérite d'être relevé; mais nos textes expriment clairement (1) que les personnes consacrées à Dieu sont soumises au droit commun, au point de vue de la capacité de tester (2).

Signalons d'un mot que certains coupables sont, à titre de peine, privés du droit de laisser un testament (3), et nous en aurons fini avec l'énumération des incapacités.

II

Officium pietatis et légitime.

Le paterfamilias jouissant de la plénitude de ses droits

(1) C. Th. V, 3 c. unique : Si quis episcopus aut presbyter aut diaconus aut diaconissa aut subdiaconus vel cujuslibet alterius loci clericus aut monachus aut mulier, quæ solitariæ vitæ dedita est, *nullo condito testamento* decesserit, etc..... Interpr. : Si quis episcopus, vel quos lex ipsa commemorat, aut quilibet religiosi vel religiosæ *intestati* sine filiis, propinquis vel uxore decesserint..... *Qui si testari voluerint, habebunt liberam potestatem.* — Cf. Ed. Theod. § 26 : Clericos religiosasque personas *intestatas* deficientes, quotiens defuerit qui jure succedat, locum ecclesiæ suæ secundum leges facere debere præcipimus.

(2) Il va de soi que les évêques, par exemple, ne pouvaient disposer que de leur fortune personnelle, et non des biens de leur Eglise. Il semble cependant qu'il y eut des hésitations, des difficultés ou des abus, car la législation ecclésiastique se préoccupa de la question. Concilium Agathense (506), C. 51 (Labbe, t. III, col. 1392) : Si episcopus condito testamento aliquid de ecclesiastici juris proprietate legaverit, aliter non valebit, nisi tantumdem de juris proprii facultate suppleverit.

(3) Paul. III, 4, § 6, pour les femmes de mauvaise vie : Mulieri, quæ luxuriose vivit, bonis interdici potest. — III, 6, § 2 ; interpr. : Qui pro aliquo crimine *ad tempus* aut in insulam relegatur aut in metallum deputatur, *quia perpetuam damnationem non habet*, et testamentum facere potest et si quid ei ex testamento derelictum fuerit, obtinebit.

pouvait disposer de ses biens, même au préjudice de ses proches. Toutefois l'arbitraire de ses caprices ne se développait pas en toute souveraineté (1); on sait que de bonne heure le *devoir de piété* (2) du testateur envers les siens fut juridiquement consacré ; dans le droit du VI[e] siècle, le système pleinement développé a pris une importance considérable. Il faut laisser à certains parents le quart de leur part ab intestat. Cette portion qui leur est due s'appelle la *légitime*; mais, comme nous l'avons dit (3), nos sources la désignent souvent du nom très impropre de *Falcidie*. La confusion s'explique, car la légitime et la *Falcidie* sont toutes deux des quartes, que des personnes déterminées ont le droit de retenir dans la succession; toutefois les deux institutions restent essentiellement distinctes, dans leur raison d'être comme dans leur réglementation et leurs effets (4).

Ont droit à la légitime : d'abord les descendants des deux sexes et de degré quelconque, dans la succession de leurs père, mère, aïeuls ou aïeules (5). Puis, tous les

(1) Sur l'absolutisme ou les limitations de la liberté testamentaire à l'origine, voir en sens contraires : Girard, *l. c.*, 2[e] éd., p. 782. — Cuq, *Institutions juridiques*, p. 284. — Mainz, 5[e] éd., t. III, p. 373.

(2) Paul, IV, 5, § 1. Inofficiosum dicitur testamentum, quod frustra, liberis exheredatis, non ex officio pietatis videtur esse conscriptum.

(3) Voir *supra*, page 76.

(4) Il est à remarquer que, contrairement aux affirmations de M. Boissonade (*Histoire de la réserve*, p. 186, note 16) et de M. Glasson (*Histoire du droit*, t. III, p. 188, note 1), l'édit de Théodoric ne consacre pas la légitime. Le § 33 semblerait plutôt l'exclure : Is qui ab intestato defuncti sperat hereditatem, si volentem testatorem prohibeat facere testamentum, tanquam ab indigno ejus hereditas auferatur. Mais il serait cependant téméraire d'en conclure à la suppression d'une institution si profondément enracinée dans les mœurs romaines.

(5) Paul, IV, 5, § 1 ; — § 2 et interpr. : — III, 11, § 3 ; interpr. : Ea, quæ mater superstes filio per legitimam scripturam donavit, in Falcidiam ei post mortem matris a germanis ejus non possunt impu-

ascendants, hommes ou femmes, et dans les deux lignes (1); tel est du moins le droit du Bréviaire : mais il faut noter que le Papien, en fait d'ascendants, ne mentionne que la mère (2). Le fait s'explique, si l'on songe que ce recueil, assez laconique, se borne à noter les traits les plus intéressants de la coutume juridique, et que normalement le père n'a pas besoin du droit à la légitime : les acquisitions réalisées par le fils sont entrées en principe dans le patrimoine du *paterfamilias*. Pour la mère, le Bréviaire prend soin d'indiquer qu'elle n'a droit à la légitime qu'autant que son fils ne laisse ni frères consanguins agnats, ni descendants d'eux par les mâles (3); c'est l'application de

tari : sed in partem sibi debitam salva donatione succedit. — C. Th., V, 1, c. 4, § 3 : .. si avus vel avia, quibus hujusmodi nepotes erant, testati obierint et prætererint nepotes aut exheredaverint eosdem, et de injusto avorum testamento, et si quæ filiæ poterant vel de re vel de lite competere actiones nepotibus deferimus, secundum justum nostræ legis modum, quæ de parentum inofficiosis testamentis competunt filiis. — Interpr. :..... Si vero avus vel avia nepotes ac neptes ex filia in testamento suo prætererint aut non probatis causis exheredaverint, actio illis de inofficioso contra testamentum avi vel aviæ, quæ matri eorum competere potuit, legis beneficio tribuetur. — Lex. Rom. Burg. XLV, 5 : Testamenta vero, quibus filiis aut nepotibus Falcidia non dimittitur, nullo jure subsistunt. — X, 4. Si vero nepotibus competens portio ab avis, id est quarta portio paterne aut materne, non demittitur, de inofficioso, eandem que filiis competit, contra heredes institutos moveant actionem, quæ in suprascripta lege tenetur insertam.

(1) Novelles Th. XI, c. 1, § 6 : Parentibus vero superstitibus si naturalis pater vitæ munus impleverit, quartam partem bonorum, contemplatione gradus legitimi, patri matrive, avo vel aviæ salvam intactamque servamus, ut, si quis eorum vel præteritus, vel parum, quam ei debebatur ex legibus, fuerit consecutus, movere de inofficioso testamento querelam pro juris ordine concedatur. Interpr. : ...quarta vero patri vel matri, avo aviæ, quibus de inofficioso testamento actio suppetit, specialiter servata.

(2) XLV, 7. Item filius vel filia sine filiis morientes matrem sine Falcidia præterire non possunt, ut valeat testamentum.

(3) C. Th. II, 19, c. 2, interpr. : .....potest removere prætermissa



ce principe général que, pour être légitimaire, il faut venir en ordre utile dans la succession ab intestat (1). Quant aux frères et sœurs, la *Lex Romana Burgundionum* (2) leur refuse formellement la légitime, et le Bréviaire ne la leur accorde que sous restriction : dans le cas seulement où ce sont des consanguins agnats, et où ils ont été dépouillés au profit d'une *persona turpis* (3).

Si puissants que soient les liens du sang, un parent n'a droit à la légitime qu'autant qu'il ne s'est pas soustrait le premier à l'*officium pietatis* en manquant gravement au défunt. Le testateur recouvre sa complète indépendance vis-à-vis de ceux qui se sont rendus coupables de fautes lourdes envers lui; il est en droit de ne rien leur laisser, et on admet dans les hypothèses de ce genre de justes causes d'exhérédation (4). Elles ne sont pas, au Bréviaire, limitativement déterminées ; il appartiendra au juge d'apprécier si oui ou non le disposant était relevé du devoir de piété par les agissements du légitimaire. Tel est du moins ce qu'indique le vague des expressions employées

mater, quia ei quartam de rebus suis portionem filius non dimisit, quod filius fecerat testamentum : si tamen filio fratres consanguinei agnati, id est uno patre nati, aut eorum filii per virilem sexum non esse probantur.

(1) Voir sur le droit successoral de la mère lorsque son enfant meurt intestat : C. Th. V, 1, c. 2 et interpr.

(2) XLV, 6. Frater vero de inofficioso fratris testamento agere non potest.

(3) C. Th. II, 19, c. 1. Interpr. : Fratibus uterinis, id est diversis patribus et una matre natis, non liceat de inofficioso contra testamentum fratris agere. Sed germanis fratribus prætermissis, id est uno patre natis, si turpibus personis, id est infamibus fuerit hereditas derelicta, hoc est aut pro libidine meretricibus, aut pro inhonesto affectu naturalibus aut certe thymelicis, vel de libertis suis, agendi contra testamentum licentia reservatur.

(4) C. Th. V, 1, c. 4, interpr. : . ...Si vero... præterierint aut non probatis causis exheredaverint.

à propos de l'ascendant qui exhérède son descendant (1). Au contraire, lorsqu'un fils veut priver sa mère de la quarte, les textes présentent une énumération qui semble restreindre la liberté du juge (2).

Lorsque le légitimaire n'a pas démérité, pour calculer à quelle somme il a droit, on additionne tous les éléments actifs de la succession; du total on déduit les dettes, les frais funéraires, même la valeur des esclaves affranchis à cause de mort. Dans la masse ainsi formée, on détermine la part qui reviendrait ab intestat à l'héritier en cause, et on en prend le quart : c'est ce quart qui constitue sa légitime (3). Pour apprécier s'il l'a reçue, on ne tient pas compte des libéralités entre vifs que le défunt a pu lui adresser (4) : le testament doit lui donner sa quarte.

Au cas où elle ne lui est pas laissée, quelle est la sanction? Le légitimaire injustement lésé est armé de la *que-*

(1) C. Th. II, c. 2, interpr. : .....[filii], si probare potuerint, quod matris in nullo læserint pietatem, sed se obsequium, ut decuit, præstitisse : sic testamentum matris, in quo prætermissi fuerint, non valebit.

(2) C. Th. II, 19, c. 2, interpr. : .....Nam si mater contra testamentum filii, quod inofficiosum dixerit, agat, debet diligenter requiri, si contra filium mater nihil egisse probatur, aut si nullis insidiis vel publice vel secrete eum lædere fortasse tentaverit : nec forsitan consilium adversus filium inimicis suis, quod impium est, auxiliumque præstiterit.

(3) Paul, IV, 5, § 6. Quartæ portionis portio liberis deducto ære alieno et funeris impensa præstanda est, ut ab inofficiosi querela excludantur. Libertates quoque eam portionem minuere placet. — Interpr. : Quoties Falcidia filiis computanda est, de asse hereditatis primo loco defuncti debita detrahuntur et expensa, quæ in funere ejus præstita est. Sed et collatæ libertates nihilominus debebuntur. Et sic liberis Falcidia, id est, uniuscujusque portionis quarta portio debetur.

(4) Paul, III, 11, § 3 : Ea, quæ mater viva filio donavit, in quartam non imputantur. — C. Grég. II, 3 (ou IV), c. 2 et interpr.

rela inofficiosi testamenti (1), que nos sources appellent aussi *actio de inofficioso* (2). Le testament est tenu quant à lui pour nul et non avenu, et il prend la part entière à laquelle il aurait droit ab intestat. Ce principe est affirmé au Papien en termes absolus (3) : le Bréviaire admet un tempérament (4) lorsqu'il s'agit d'un fils succédant à son père. En ce cas la *querela* est toujours écartée : si le fils est institué *ex asse*, c'est-à-dire pour la totalité de la succession, mais que les legs et fidéicommis en absorbent une part trop forte, il suffira à l'enfant d'invoquer la loi Falcidie ou le sénatus-consulte Pégasien pour faire réduire les libéralités excessives (5). Si l'institution elle-même porte sur une quotité trop faible, c'est encore une action en complément de la quarte, modelée sur les voies de droit de l'espèce précédente, qui seule compète au légitimaire (6). Resterait l'hypothèse où l'enfant n'aurait pas été inscrit parmi les héritiers ; mais en ce cas c'est la théorie

(1) Voir par exemple Paul. IV, 5, § 6 et 7. — Novelles Valentinien III, IV, c. 1, § 6, et interpr.

(2) Voir par exemple Paul, IV, 5, § 5, interpr. — Lex Rom. Burg. XLV, 6.

(3) XLV, 3. Testamenta vero, quibus filiis aut nepotibus Falcidia non demittitur, nullo jure subsistunt. — XLV, 7. Voir *supra*, 1. 103, note 2.

(4) Mais le Bréviaire admet le même principe que le Papien comme règle générale : l'*interpretatio* en fournit la preuve en présentant le tempérament comme une exception, spéciale à un cas déterminé : *in tali casu* (Paul. IV, 5, § 7).

(5) Paul. IV, 5, § 5, Interpr. : Si pater filium ex asse heredem et instituat et per fideicommissa aut legata hereditatem ipsam totam diversis distribuat, filius contra patris testamentum de inofficioso agere non potest : quia quartam sibi aut per legem Falcidiam aut per Senatusconsulti beneficium retinebit.

(6) Paul, IV, 5, § 7, Interpr. : Filio herede scripto, si ex ordinatione defuncti patris minus quam quarta portionis suae fuerit deputata, suppleri eam sibi a coheredibus fratribus jure desiderat : quia in tali casu inofficiosi actio removetur. — C. Th. II, 19, c. 4.

de l'exhérédation qui entre en jeu ; le testament tombe, sans qu'il soit besoin de recourir à la *querela*.

Aucune protestation ne peut plus être élevée, lorsque l'ayant droit a réclamé ou accepté la part réduite que le testateur lui attribuait (1) : il a acquiescé aux volontés du défunt, il ne peut plus ensuite en demander la revision. De même, s'il laisse écouler cinq ans sans agir, il est forclos de l'action *de inofficioso* (2). Enfin, d'après le Papien, la *querela* n'est jamais ouverte contre le testament d'un militaire ; c'est un des multiples privilèges consacrés par ce recueil au profit du soldat qui veut tester (3).

Il est curieux de remarquer comment, par l'organisation de la légitime et le jeu de la *querela*, le droit romain concilie les intérêts en présence et en lutte. Il s'agit d'assurer aux proches parents, surtout aux enfants, une part de la fortune du défunt ; on estime qu'ils peuvent légitimement prétendre à quelque chose de ce patrimoine, alors même que le titulaire aurait voulu les en écarter. Mais en opposition se dresse le droit personnel du chef de

(1) C. Th. II. 19. c. 7. Si quis defuncti agnoverit voluntatem, de inofficioso agere prohibetur. — Interpr. : Qui per testamentum sibi aliquid derelictum acceperit aut vindicaverit et voluerit contra voluntatem defuncti agere, licentiam penitus non habebit.

(2) C. Th., II. 19. c. 5. interpr. : Intra quinque annos a die mortis defuncti, quicunque inofficiosum dicere voluerit testamentum, inchoandae actionis licentiam se noverit habiturum. Quod temporis spatium etiam filii sibi, si contra parentum testamenta ac voluntatem agere voluerint, agnoscant esse concessum. Quo transacto, si repetitio inchoata non fuerit, omnium personarum de inofficioso intentio conquiescat. — Lex Rom. Burg., XXXI. 2. Relique vero causæ in expressis metarum suarum terminis finiantur ; id est de inofficiosis testamentis, de immodicis donationibus, hoc est, ubi Falcidiæ filiis non reservantur, intra quinquennium debere et proponi et peragi de non numerata pecunia.

(3) XLV, 3. Voir *supra*, p. 45, note 3.

famille. Le fondement du droit romain, c'est la propriété individuelle dans sa forme absolue et exclusive : le propriétaire dispose de ses biens en toute souveraineté durant sa vie. et la logique semble commander qu'il puisse en régler le sort pour le temps où il ne sera plus. Comment mettre d'accord les intérêts de la famille et les droits de l'individu ? La jurisprudence romaine résout le problème en respectant aussi complètement que possible les prérogatives du *paterfamilias* : il n'est pas question de revenir à la copropriété que semble avoir connue la Rome primitive ; on ne confère aux proches aucun droit réel sur les biens de leur père. de leur fils ou de leur frère : ils ne sont pas autorisés à contredire les actes entre vifs par lui consentis. Mais au moment de la mort on rappelle au testateur le devoir de piété, on le sanctionne, on en fait à sa charge une obligation juridique : La voie de droit ouverte aux légitimaires, c'est une *plainte* contre un acte impie ; ou en cas d'action en complément de la quarte, c'est la demande en payement d'une créance contre la succession.

III

Restrictions spéciales à la liberté de tester.

Les Romains furent amenés à restreindre la liberté testamentaire dans d'autres hypothèses, par des mesures d'une portée moins considérable ; on ne vise cette fois qu'une catégorie déterminée de citoyens ou qu'une situation exceptionnelle. Mais ce qui fait l'intérêt de cette réglementation, c'est qu'elle manifeste elle-même combien elle est en opposition avec les tendances profondes du

droit. On sent que les principes essentiels, loin de commander ces atteintes à la liberté, les combattent ; il faut recourir à des procédés variés, à des expédients inventés vaille que vaille, pour atteindre le résultat pratique qu'on désire : il n'y a pas de système d'ensemble, et c'est précisément ce qui prouve qu'on n'est pas en présence d'une production naturelle du génie romain.

On veut par exemple que le patron retire un profit pécuniaire des acquisitions réalisées par son affranchi. On imagine dans ce but un système mixte, où se croisent la notion d'incapacité et l'idée de l'*officium pietatis*. Du vivant de son ancien maître, l'affranchi ne peut tester qu'avec son assentiment (1) ; il y a là comme une incapacité *sui generis*, intermédiaire entre l'inexistence juridique de l'esclave et la plénitude de droits reconnue à l'ingénu. Une fois le *manumissor* décédé, l'affranchi père d'un ou de plusieurs fils est autorisé à leur transmettre la totalité de sa fortune. Mais s'il n'a pas de fils et que le patron ait laissé des descendants mâles, ceux-ci doivent recevoir le tiers des biens de l'affranchi ; l'analogie avec la légitime est ici évidente (2).

(1) Nov. Valentinien III, VI, c. 1, interpr. : ..... Nam si liberti, qui cives Romani fuerint, vivo manumissore decesserint, si sine voluntate patroni condere voluerint testamenta, penitus non valebunt : quia auctoritati manumissorum omnia lex ista servavit.

(2) Nov. Valentinien III, VI, c. unique, § 2, 3, 4; interpr. : ..... De successionibus vero libertorum, hoc est civium Romanorum, id censuit observandum, ut libertus sive liberta, si unum filium seu plures habuerint, ipsis facultatem suam morientes, si voluerint, integram derelinquant. Contra cujus voluntatem nec filii ex patrono, nec nepotes ex filio ulla venire poterunt ratione. Quod si libertus libertave, qui defuncti fuerint, filios non habuerint, et testari fortasse voluerint, tertiam facultatis suæ manumissorum filiis vel nepotibus, qui ex masculis nati fuerint, derelinquant. Filios vero manumissoris earumque filios et nepotes ab hac hereditate, salva pagina testamenti, securi, si voluerint, prætermittant : quia feminæ ad istas hereditates penitus non vocantur.

Elle n'est pas moins frappante lorsqu'il s'agit des curiales et de leur testament (1). Les curiales sont responsables du payement de l'impôt; dans l'intérêt du fisc, il faut qu'un patrimoine suffisamment étendu reste toujours leur propriété ou celle de la curie, de façon que l'État soit assuré de recouvrer son dû, quoi qu'il arrive. On leur concède donc le droit de tester (2), mais le quart au moins de leur fortune doit passer à la curie ou à un curiale. Il en résulte que leur avoir se transmet sans déduction à leur héritier, lorsque celui-ci appartient lui-même à l'ordre des curiales : c'est le cas notamment de leurs fils ou petits-fils par les mâles : on admet la même solution en faveur de leurs descendantes ou ascendantes mariées à un curiale. Mais s'ils laissent leurs biens soit à un *extraneus* non curiale, soit à une fille ou petite-fille mariée en dehors de la curie, restée célibataire ou veuve, la curie a droit au quart de la succession en valeur ou en nature (3). De

(1) Voir Esmein. *Histoire du Droit,* 3e éd., p. 8.

(2) C. Th., V, 2, c. 1 : interpr. : .....Nam testamentum faciendi curialibus lex ista tribuit potestatem.

(3) Nov. Th., XI, c. 2; interpr. : Lege hac curiales minime prohibentur testamentum facere, sed ita ut legitimis filiis, si voluerint, facultates suas integras sine imminutione aliqua derelinquant. Ceterum si filii legitimi defuerint, quemlibet etiam extraneum a curia scribere permittantur heredem, sed ita ut heres, qui conditionem curiæ nullam debet, quartam hereditatis acceptæ curiæ sine aliqua imminutione mox refundat. Quod si is, qui heres scriptus est, integram hereditatem habere voluerit, pro quarta illa, quæ curiæ deputatur, pretium, quantum valuerit, dare non differat... Filii vero, nepotes et pronepotes, qui avis et proavis per virilem gradum successerint, seu scripti heredes sint, seu ab intestato succedant, sive curiales sint, sive a curia liberi, de hereditate sibi debita vel dimissa quartam partem curiæ nomine penitus non amittant. Filia etiam curialis, neptis, proneptis, si curiali ipsius civitatis in matrimonio juncta fuerit, avo, proavo intestatis in integra hereditate succedit. Et si testatus fuerit et has personas relinquat heredes, quartam portionem curiæ refundere non coguntur. Quod si filia, neptis aut proneptis a patre, avo vel proavo vel in minore ætate vel viduæ relinquantur heredes, postea-

même qu'il y a pour le père un *officium pietatis* qui lui défend de dépouiller complètement ses enfants, de même on crée à la charge du curiale comme un *officium publicum* qui lui interdit de soustraire la totalité de son patrimoine à la curie et au fisc.

La situation des enfants naturels vis-à-vis de leur père (1) fait naître également des difficultés au point de vue testamentaire; on les résout au moyen d'emprunts à des théories diverses. Le problème consiste à protéger les droits de la famille légitime, à empêcher qu'on ne la sacrifie aux enfants naturels; on tient aussi à soumettre ceux-ci à un régime rigoureux, pour détourner les parents des unions illégitimes. Au Papien, le disponible en faveur des enfants nés hors mariage et de leur mère est invariablement fixé à un huitième; le reste de la succession est considérée comme une légitime réservée à la famille (2).

quam ad annos pubertatis accesserint, triennio exspectentur, ut, si curiali ejus civitatis nupserint, integram hereditatem, sicut eis vel debita est vel dimissa, sine aliqua imminutione possideant. Si vero ei nupserint, qui curiæ nihil debebat, quartam partem hereditatis a die mortis auctoris curiæ cum fructibus sine aliqua dissimulatione restituant. Et si sine maritis voluerint perdurare, quartam similiter curiæ cum fructibus reddant. Quod si rem relictam a parentibus tenere maluerint, sacramento præbito de quantitate hereditatis quartam partem curiæ in pretio mox refundant. Matri quoque vel aviæ, si tamen curiales maritos habuerint, quartam portionem hereditatis defuncti filii vel nepotis, quæ eis acquisita est, lex ista a curia non jubet auferri. Nam si quis curialis quemlibet extraneum et tamen curialem scribat heredem, et ipse quartam, quia portio curiæ ipsius est, non refundat.

(1) Vis-à-vis de leur mère, les enfants naturels ne sont soumis à aucune mesure de rigueur, sauf le cas où ils seraient nés d'un commerce adultérin ou incestueux. — Voir Girard. 2e éd., p. 179.

(2) Lex Rom. Burg. XXXVII. 4. Quod si aut de ingenua fuerint naturales aut de liberta aut certe libertina, ultra semunciam matri cum naturalibus filiis dari amplius non licebit, hac ratione, ut donatio nuptialis in hereditatis subputatione non veniat : sed de eo, quod supra donationem nuptialem fuerit, inde sescuncia deputata natura-

Mais au Bréviaire la complication apparaît. Si les enfants naturels sont en présence de fils, de filles, de descendants nés en mariage ou encore du père ou de la mère de leur auteur, ils ne peuvent recevoir plus d'un douzième (1), ou réunis à leur mère plus d'un huitième (2); le reste constitue pour leurs cohéritiers une véritable légitime. En l'absence de ces légitimaires, il est interdit de donner aux enfants issus d'une union irrégulière et à leur mère plus du quart de la succession (3); il est certain, en ce dernier cas, que la prohibition relative aux trois autres quarts apparaît comme une incapacité frappant la concubine et ses enfants. Le même caractère d'incapacité à titre de peine se retrouve, plus accentué encore, dans la constitution d'Arcadius et Honorius contre l'inceste, que reproduit le Bréviaire (4). Lorsqu'il y a eu inceste, aucun des

libus jure debetur. Quod si aliquid ultra aut per donationem aut per testamentum aut per suppositam quamcumque personam illis fuerit derelictum, ab herede legitimo legibus revocetur, secundum legem Theodosiani, quæ de naturalibus filiis et matribus eorum lata est.

(1) C. Th. IV, 6, c. 1, interpr. : observandum de naturalibus filiis lex ista constituit, ut, si quis habens ex legitimo matrimonio filios vel filias, sive masculos nepotes ex filiis, vel patrem aut patrem, ex quacunque muliere, id est ingenua nata vel facta, susceperit naturales, non amplius quam unciam unam de facultatibus suis noverit naturalibus conferendam.

(2) Novelles Th. XI, c. 1, interpr. : Si quis habuerit legitimos filios et naturales, id lex ista constituit, ut id observetur, quod est in Theodosiani corpore constitutum, hoc est, ut exstantibus legitimis filiis octavam hereditatis naturalibus vel eorum matribus pater, si voluerit, derelinquat.

(3) C. Th. IV, 6, c. 1. interpr. : .....Nam si defuerint ex omni parte personæ superius nominatæ (voir *supra*, note 1), tunc naturalibus filiis vel mulieri, de qua nascuntur, tres uncias tantum, non amplius noverit, quisquis ille est, se posse conferre.

(4) C. Th. III, 12, c. 3; interpr. : Post prioris legis sententiam, quæ de talibus personis lata est, id præcipit observari, ut districtione legis, supplicio et proscriptione liberi, quisquis ille aut sororis aut fratris filiam aut certe ulterioris gradus consobrinam aut fratris uxo-

deux coupables ne peut laisser quoi que ce soit ni à son complice ni à leurs enfants communs ; on ne tiendrait pas compte d'un testament qui les avantagerait : la succession passerait aux héritiers légitimes, à défaut au fisc. Rien ne saurait montrer plus nettement qu'une tare personnelle est infligée aux parents et à leur honteuse descendance.

Enfin les rapports entre le survivant de deux époux et les enfants issus de leur mariage ont donné lieu également à des dispositions particulières (1). Le survivant a le plus

rem sceleratis sibi nuptiis junxerit, huic pœnæ subjaceat, ut de tali consortio separetur... Sed nec ipsis feminis quas taliter sortiti sunt, aliquid conferant, et si etiam aliquid tempore nuptiarum sibi dederint, revocetur ad fiscum : aut etiamsi filios habuerint, non per suppositam aut per aliam personam aut per commenticiam donationem ad illos quicquam ex eorum facultate perveniat, sed ipsis mortuis ad legitimos heredes, quoscunque gradus admittit, usque ad certum originis locum ab intestato ipsi succedunt. Testandi etiam in his tantum personis, quibus lege concessum est, permissa potestas, ita ut ex his, quos elegerint, scribant heredes, ita tamen, ut, si qui in tali consortio consensum cum his habuisse docentur, hereditate exclusi, aliis in proximo gradu venientibus locum faciant : nam si desunt personæ propinquorum, quos ad successionem vocat lex, tunc in eorum facultatibus fiscus accedat. — Le texte de la constitution vise expressément la mère coupable aussi bien que le père : id sane, quod de viris cavimus, etiam de feminis, quæ prædictorum se consortiis commaculaverint, custodiatur. L'*interpretatio* est moins nette ; mais sous la constitution suivante suivante elle indique expressément que les enfants incestueux sont frappés d'incapacité vis-à-vis de leur mère. — En revanche, tandis que la constitution confond l'adultère et l'inceste, et applique le même régime aux enfants nés de ces deux crimes (si quis incestis posthac consobrinæ suæ vel sororis aut fratris filiæ uxorisve vel ejus postremo, cujus vetitum damnatumque conjugium est, sese nuptiis funestaverit), l'*interpretatio* ne mentionne plus que l'inceste : l'adultère reste en dehors de ses prévisions.

(1) C. Th. III, 8, c. 2 (Gratien, Valentinien et Théodose), interpr. : Mulieres, quæ amissis maritis ad alias postea nuptias... venerint, si ex priori marito filios habuerint, quicquid per sponsalitiam largitatem vel nuptiarum tempore consecutæ sunt, totum filiis conservabunt, nec in alias vel extraneas personas noverint transferendum. Quicquid vero prior maritus per testamentum seu fideicommissum seu legati titulo vel mortis causa uxori donaverit, de his rebus, quas tali mulier

souvent acquis du prédécédé, à des titres divers, un certain nombre de biens. S'il n'y a pas d'enfants, il en dispose à sa fantaisie ; mais en présence de fils (1) la situation change. Le veuf ou la veuve (2) ne peuvent pas disposer

donatione percepit, seu omnibus filiis seu in unum pro merito servitii si conferre voluerit, habebit liberam potestatem, ita ut ei de bonis prioris mariti a filiis ipsius quicquam alienare non liceat. Quod si præsumserit, de propriis facultatibus noverit compensandum... Cui mulieri si de priore marito filii non supersint, tunc quæcunque, quæ sub hac occasione percepit, sibi velut propriam vindicet facultatem et in quemcunque voluerit, jure transmittat. — Nov. Th., VII, c. unique, interpr. : Hæc lex confirmat, ut, sicut mulier post mortem mariti omnia, quæ ad eam de rebus mariti quolibet ordine pervenerunt, totum filiis profuturum debeat conservare, hoc etiam et patres de rebus maternis simili observatione custodiant. ... si ad secunda vota venerint aut forte non venerint : post quorum obitum si alienatæ vel obligatæ quoquo pacto fuerint res, quæ filiis jussæ sunt reservari, ubicunque eas potuerint invenire, ad suum dominium filios præcipit revocare... Causas vero filiorum patres agere utiliter, cum summa strenuitate constituit, et ut dividere æqualiter inter filios facultates maternas aut per se, aut per quos elegerint, habeant potestatem. Sane de omnibus rebus uxoris, quæ ad proprietatem mariti quolibet titulo vel nomine, seu donatione, seu testamento, seu morte filii pervenerint, etiamsi ad alias nuptias non transierit, si mortuo eo hereditatem ejus filii adire noluerint, omnia, quæ de maternis bonis maritus quocunque ordine habuit acquisita, filii sibi, sicut reliquas maternas facultates, apud quoscunque invenierint, vindicabunt. Simili ratione, si et mater marito mortuo, etiamsi ad secundas nuptias non venerit, si hereditatem ejus filii adire noluerint, omnia, quæ de paternis facultatibus mater eorum quoquo modo, ut superius dictum est, acquisivit, filii post mortem matris, cujus hereditatem repudiaverint, ad integrum sibi vindicent et defendant : quia justitiæ intuitu constat esse prospectum, ut, quia nihil de illius parentis rebus, qui posterior moritur, habere dignoscitur, vel ea, quæ ex prioris mortui parentis bonis esse constat, ad filios debeant integra pertinere.

(1) La Novelle Théodosienne parle de *liberi*, ce qui comprendrait même les filles : mais l'*interpretatio*, sous la Novelle comme sous la première constitution, ne parle que de *filii*.

(2) La constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, ne statuait que pour les veuves remariées : elle invitait cependant les veufs à se conformer au système qu'elle imposait aux femmes dont

de ces biens, qui sont pourtant leur propriété (1), au préjudice des enfants mâles. Les aliénations perpétuelles, entre vifs ou à cause de mort, leur sont interdites, et le droit des fils est sanctionné par la revendication : ceux-ci peuvent, après le décès du dernier de leurs auteurs, reprendre les biens en question par voie d'action réelle, en quelque mains qu'ils se trouvent : la seule condition qui leur soit imposée, c'est de se soustraire à toute obligation de garantie en répudiant l'hérédité du père ou de la mère qui a réalisé l'aliénation au mépris de leur droit. Il serait cependant inexact de les considérer comme nu-propriétaires, tant que leurs parents ne sont pas morts tous les deux : le père ou la mère survivant est plus qu'un usufruitier : il peut répartir comme il lui plait cette sorte de succession anomale entre les ayants droit, il est autorisé à donner plus à l'un, moins à l'autre, à attribuer tout au même. Seulement les biens sont affectés d'indisponibilité entre ses mains. Contrairement à ce que nous constations à propos de la légitime, les enfants ont ici, avant d'être héritiers et propriétaires, un droit réel collectif, d'ailleurs mal défini. C'est une innovation de la législation impériale ; elle reste à l'état d'exception isolée dans l'ensemble du droit, et la théorie en demeure flottante, imprécise, sans consistance. Il ne saurait en être autrement, car une pareille indisponibilité fait échec au principe directeur des

le mari était prédécédé. La Novelle Théodosienne à rendu ce système juridiquement obligatoire même pour les veufs. De plus, tandis que la première constitution ne visait que le conjoint remarié, la seconde a compris dans ses prévisions le cas où le survivant des époux resterait dans l'état de viduité. Il est vrai qu'elle ne lui interdisait en ce cas que les actes de disposition testamentaire, les aliénations entre-vifs restant permises ; mais l'*interpretatio* a enveloppé les unes comme les autres dans sa prohibition.

(1) Rappelons-nous l'interprétation de la Novelle : quae ad proprietatem mariti... pervenerint.

institutions civiles romaines : la liberté de l'individu (1), et surtout la liberté de la propriété.

(1) De l'individu *sui juris*, bien entendu.

CHAPITRE VI

FONCTION DU TESTAMENT. — COMPÉTENCE EN MATIÈRE TESTAMENTAIRE

Les règles de compétence en matière testamentaire sont dans un rapport étroit avec l'inspiration des dispositions *mortis causa*. Lorsque les mourants sont occupés surtout de pensées religieuses, ce sont tout naturellement les prêtres qui sont amenés à s'occuper des difficultés soulevées par les testaments : ils en déterminent la réglementation ; ils en dirigent la rédaction ; ils en surveillent l'exécution, et ils jugent les procès auxquels ces actes donnent lieu. Si au contraire les testateurs ont principalement en vue des intérêts temporels ; s'ils ne songent qu'à régler la dévolution de leurs biens, à s'assurer un continuateur de leur personnalité juridique, peut-être à récompenser leurs serviteurs ou à donner un protecteur à leurs enfants, dans ces conditions l'autorité civile par la force même des choses s'immisce dans les questions que soulèvent ces actes de la vie civile. Les testaments rentrent dans le domaine de la souveraineté de l'État, qui exerce à leur propos le triple pouvoir de légiférer, d'exécuter et de juger.

Il va de soi que dans l'Empire romain la seconde conception triomphait avec ses conséquences. Sans doute originairement le testament, qui réglait la transmission des

sacra (1), avait une portée religieuse ; les pontifes en contrôlaient la confection (2), et par leurs règlements en influençaient le développement (3). Mais au temps classique on ne se soucie plus guère des *sacra*, et les testaments relèvent de l'autorité temporelle (4), parce que leurs auteurs sont et restent essentiellement des hommes d'affaires pratiques. Tout au plus les pontifes peuvent-ils contraindre les héritiers négligents à bâtir le tombeau que le défunt les a chargés de lui élever; d'ailleurs ils subissent à ce point de vue la concurrence des magistrats laïques (5). Ils ne forment pas un corps indépendant qui puisse garder de sérieuses prérogatives ; ils sont sous la domination du souverain temporel, peuple ou empereur : la religion est absorbée par l'État.

Au VIe siècle, la situation change: l'Église est née ; elle s'est développée et organisée à côté de l'État. La foi a pénétré dans les âmes, et les mœurs commencent à s'imprégner de l'esprit chrétien. Les testaments vont subir eux aussi le contre-coup de la grande révolution qui lentement métamorphose le monde. C'est ce qui fait l'intérêt de cette étude : suivre l'évolution du testament, c'est suivre dans un sentier très humble, mais sur un terrain solide, le mouvement qui progressivement conduit le monde de l'état payen à l'état chrétien. Seulement, au lendemain de la chute de l'Empire, la transformation est loin d'être complète: les survivances de tendances qui se meurent se mêlent aux premiers germes de sentiments qui vont grandir, et l'ensemble donne cette impression de

(1) Cuq. p. 279 ; — Girard. 2e éd., p. 866.

(2) Cuq, p. 281, 293. — Girard, 2e éd., p. 779.

(3) Cuq. p. 518. — Girard. 2e éd., p. 867.

(4) D. XXIX, 3. fr. 5 (Ulpien) : .....*publice enim expedit* suprema hominum judicia exitum habere.

(5) D. V, 3, fr. 50 *in fine* (Papinien).

confusion, mais aussi de fécondité, qui caractérise les époques de transition.

I

Règles de compétence.

Les traditions de la Rome impériale et payenne se maintiennent intactes au double point de vue législatif et judiciaire : c'est toujours la loi ou la coutume laïque qui détermine les formes comme les règles de fond des testaments. Nos précédents chapitres en fournissent la preuve : les prescriptions que nous avons détaillées furent établies par les jurisconsultes classiques ou les Césars ; elles se sont conservées, et quelquefois déformées, dans la pratique des hommes de loi ; c'est sur l'ordre du roi des Burgondes, des Ostrogoths ou des Wisigoths, qu'elles ont été codifiées. Nous n'avons nulle part rencontré l'intervention des évêques : l'ouverture et l'enregistrement des testaments se passent en dehors de l'Église ; la juridiction gracieuse en notre matière ne sort donc pas du domaine séculier, et il faut en dire autant de la juridiction contentieuse. L'abondance de la législation temporelle suffirait à le prouver, car il existe un lien intime entre l'autorité qui légifère et celle qui juge : toutes deux doivent se rattacher à une souveraineté de même ordre. On le sentait bien dès cette époque, et le Bréviaire le donne à entendre (1). Les constitutions relatives à notre sujet et qu'enregistrent les commissaires d'Alaric sont adressées à des fonctionnaires impériaux : préfet du prétoire, préfet de la

(1) C. Th. XVI, 5, c. 1 : .....causas, quæ ad *ordinarios cognitores* vel ad usum *publici juris* pertinent, *legibus* oportet audiri.



Ville, proconsuls (1). Si on ne pense pas à dire que les juges qui auront à les appliquer sont aussi les agents de l'empereur, c'est que la chose va de soi et que personne n'imaginerait le contraire. Paul entend simplement déterminer à quel degré de la hiérarchie il faut recourir, lorsque, pour forcer l'héritier grevé de fidéicommis à faire adition, il attribue compétence aux magistrats municipaux, sous l'autorité du *præses* (2) : il s'agit sans difficulté d'autorités laïques, et rien, ni dans les textes, ni dans l'*interpretatio*, ne porte trace d'un changement sur ce point. Le Papien mentionne l'action *de inofficioso* au milieu d'une série d'autres déférées incontestablement aux tribunaux ordinaires (3). Sans doute les juridictions ecclésiastiques fonctionnent *en matière religieuse* (4), mais on ne songe pas à faire rentrer sous cette rubrique les causes testamentaires. Toute affaire qui se tranche par les lois civiles, qui relève du droit de l'État, ressortit aux tribunaux de l'État. Il semble seulement qu'il soit possible aux parties de porter d'un mutuel consentement leur différend devant le tribunal de l'évêque (5).

(1) Il suffit pour s'en convaincre de jeter les yeux, par exemple, sur le titre *de testamentis et codicillis*, au Code Théodosien, IV, 4. Des 7 constitutions qu'il renferme, 3 sont adressées au préfet de la Ville, 2 au préfet du prétoire, 1 au proconsul d'Asie, 1 au peuple de Constantinople et des provinces.

(2) Paul, IV, 4, § 2. — Voir *supra* p. 85, note 2.

(3) XXXI, 2. — Voir *supra* p. 107, note 2. — Rapprocher ce § 2 des autres § du même titre.

(4) C. Th. XVI, 5, c. 1 : Quoties de religione agitur, episcopos convenit agitare : ceteras vero causas .....legibus oportet audiri. — Nov. Valentinien III, XII, c. unique, pr. : .....constat, episcopos et presbyteros forum legibus non habere, nec de alii causis, secundum Arcadii et Honorii divalia constituta, quæ Theodosianum corpus ostendit, præter religionem, posse cognoscere.

(5) Voir Beauchet, *Origines de la juridiction ecclésiastique*. Nouvelle Revue Hist. 1883, p. 426. — Esmein, *Histoire du Droit*, 3e éd., p. 155. — Glasson, *Histoire du Droit*, t. I, p. 567.

Le texte essentiel au Bréviaire est la Novelle précitée de Valenti-

Au point de vue juridictionnel, le christianisme n'a donc pas encore, au VI[e] siècle, modifié la situation antérieure. Un changement de juridiction ne pourrait être que la conséquence d'un changement d'orientation dans les préoccupations des testateurs; or ceux-ci commencent seulement à évoluer dans le sens où les poussent la charité et la piété.

II

Fonction sociale du testament.

L'Église, dès ses origines, avait recommandé l'aumône aux fidèles. Non seulement elle conseillait à ceux « qui voulaient être parfaits » de distribuer leurs biens aux pauvres pour suivre Jésus (1), mais encore elle imposait à tous les croyants l'obligation rigoureuse de secourir leurs frères malheureux (2). L'aumône, qui soulage les misères du

nien III, t. XII. c. unique. Pr. : . ....quum inter clericos jurgium vertitur, et ipsis litigatoribus convenit, habeat episcopus licentiam judicandi, praeeunte tamen vinculo compromissi. Quod et laicis, si consentiant, auctoritas nostra permittit. — L'*interpretatio* supprime, à la suite d'une constitution de Majorien, la nécessité du compromis pour les clercs : Lex ista de diversis rebus multa constituit : sed imprimis de clericis quod dictum est, ut nisi per compromissi vinculum judicium episcopale non adeant, posteriori lege Majoriani abrogatum est. — Mais l'*interpretatio* est muette sur les procès entre laïcs. On peut toutefois admettre, avec M. Beauchet, la possibilite pour les parties, sous l'empire du Bréviaire, de déférer d'accord leurs procès à l'évêque. Le silence de l'*interpretatio* sur une disposition de la Novelle n'en emporte pas forcément l'abrogation. Il suffit cependant à faire naitre un léger doute, et c'est pourquoi nous avons cru devoir insérer au texte une formule dubitative dont M. Beauchet s'est dispensé.

(1) Matth. XIX. 21. — Joan. I, 3. v. 17.

(2) Matth. XXV. 41 et sq.

pauvre, est pour celui qui donne une source abondante de mérites ; elle expie ses fautes passées (1), et lui assure dans le royaume des cieux un trésor d'éternelles richesses (2). Ces exhortations des livres saints, souvent entendues, mais peut-être souvent oubliées, revenaient pressantes à la mémoire du chrétien, lorsque la mort était imminente et que s'approchait l'heure de comparaître au tribunal de Dieu. Il fallait réparer les négligences d'une vie plus occupée du temps que de l'éternité ; il fallait, par une aumône suprême, racheter les châtiments qui attendaient l'âme coupable, ou assurer à l'âme justifiée une récompense plus glorieuse. Les libéralités testamentaires ont donc été préconisées par les auteurs ecclésiastiques. Salvien notamment écrivit au v[e] siècle, pour les Gallo-Romains, un virulent opuscule, où il les engageait dans les termes les plus vifs à multiplier les dispositions à cause de mort en faveur des œuvres de charité (3).

D'ailleurs les Pères se gardaient bien d'exhorter les fidèles à dépouiller complètement leurs familles au profit des œuvres pies (4). Saint Jérôme (5), saint Ambroise (6), saint Augustin (7), blâment les parents qui lèguent tous leurs biens à des Églises en oubliant leurs enfants, ou les enfants qui laissent leurs parents mourir de faim pour enrichir des Églises. Saint Augustin indique en termes pleins de sagesse comment il convient de concilier le

(1) Tobie. XII. 9. -- Proverbes. III. 3.

(2) Matth. VI. 19 et 20. — Matth. X. 42.

(3) Salviani Libri IV. adversus avaritiam. — Ed. Baluzius. Paris, 1669.

(4) Voir Lœning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*. t. I. p. 224. — Cf. Thomassin. *ancienne et nouvelle discipline de l'Eglise* : édition de 1725 ; t. III ; livre I. ch. xvii ; col. 121.

(5) Ep. 52. ad. Nepotianum.

(6) Expositio Evang.. sec. Luc. VIII. c. 77.

(7) Ep. 252 ad Ecidiam. — Sermo 355. de vita et mor. cleric.. c. 3.

devoir familial avec les exigences de la charité universelle ; il conseille de laisser une part d'enfant à Jésus-Christ, c'est-à-dire aux pauvres qui sont ses membres vivants (1), et à l'Église qui est sa mystique épouse (2). « Si vous n'avez qu'un fils, dit-il, comptez Jésus pour un second fils ; si vous en avez deux, comptez-le pour un troisième enfant ; si vous en avez dix, pour un onzième » (3). Mais il n'aime pas que, pour atteindre ce résultat, on institue l'Église héritière ; il préfère qu'on lui adresse des legs, de façon à lui éviter les embarras d'une liquidation souvent onéreuse et toujours pénible (4).

Les héritiers étaient loin d'exécuter de bonne grâce les legs pieux dont ils étaient chargés. Bien souvent ils conservaient les biens qu'ils auraient dû remettre à un établissement religieux. Les pouvoirs ecclésiastiques intervinrent (5), en menaçant d'excommunication ceux qui détourneraient de leur destination les aumônes des trépassés (6).

(1) Matth. XVIII. 5.

(2) Paul. ad Ephes. V, 23 et sq.

(3) St Augustin, sermo 355, de vita et mor. cleric., c. 4 : Sed plane si faciat quod saepe hortatus sum : unum filium habet, putet Christum alterum, duos habet, putet Christum tertium, decem habet, Christum undecimum faciat et suscipio.

(4) Possidius, Vita Augustini, c. 24 : frequentius quoque dicebat, securius ac tutius ecclesiam legata a defunctis dimissa debere suscipere, quam hereditates forte sollicitas et damnosas Et il ajoutait : ipsaque legata magis offerenda esse, quam exigenda.

(5) Il est à remarquer que nous ne trouvons pas dans les textes occidentaux la trace d'un droit de surveillance accordé aux évêques sur l'exécution des legs pieux, comme on le voit au Code de Justinien (I, 2, *passim*). — Cf. De Laurière, *Glossaire*, v° Exéc. testam.

(6) Concilium Vasense II (442) ; c. 4 (Labbe, t. III, col 1457) Qui oblationes defunctorum fidelium detinent, et ecclesiis tradere demorantur, ut infideles sunt ab ecclesia abjiciendi : quia usque ad exinanitionem fidei pervenire certum est hanc divinae pietatis exacerbationem : qua et fideles de corpore recedentes votorum suorum pleni-

Il s'en fallait pourtant que les dispositions pieuses eussent absorbé tout le patrimoine des défunts, et que les Églises fussent devenues les seules bénéficiaires des actes *mortis causa*. Sans doute elles recevaient par ce moyen d'importantes libéralités (1) : contrairement aux conseils de saint Augustin, il arrivait même fréquemment qu'on les instituât héritières (2). Mais les recommandations de saint Jérôme, de saint Ambroise, de saint Augustin, qui avertissaient de ne pas oublier la famille, étaient loin d'être méconnues. On assurait l'avenir de ses enfants, de ses proches, du conjoint survivant (3). Les conseils des Pères

tudine, et pauperes collatu alimoniae et necessaria sustentatione fraudantur. Hi enim tales, quasi egentium necatores, nec credentes judicium Dei habendi sunt. Unde et quidam patrum hoc scriptis suis inseruit congruente sententia, qua ait : Amico quippiam rapere, furtum est : ecclesiam fraudare, sacrilegium. — Concilium Agathense (506), c. 4 (Labbe, t. III, col. 1383). Clerici etiam, vel saeculares, qui oblationes parentum, aut donatas, aut testamentis relictas, retinere persliterint, aut id quod ipsi donaverint ecclesiis, vel monasteriis, crediderint auferendum, sicut synodus sancta constituit, velut necatores pauperum, quousque reddant, ab ecclesiis excludantur.

(1) Le testament dont fait mention la Novelle précitée de Marcien (Lex. Rom. Wis. Nov. Marcien. V, c. unique, § 1) en fournit un exemple. — Voir *suprà*, p. 97, note 1.

(2) Papyrus de Ravenne : l'évêque de Ravenne institue son Église *ex asse* (Spangenberg, p. 103) ; Georgiùs l'institue pour 10 onces (Spangenberg, p. 107). — Saint Remi de Reims institue trois héritiers : son Église et deux parents (Pardessus, n° 118). — Saint Césaire d'Arles institue son successeur sur le trône épiscopal et un monastère (Pardessus, n° 139).

(3) M. Esmein (*Le Testament du Mari*. Mélanges, p. 70) indique qu'au Bas-Empire, les legs du mari à la femme n'avaient plus la même importance qu'aux époques antérieures, à raison du développement de la *donatio ante nuptias*. Mais M. Esmein a soin d'ajouter que les libéralités testamentaires entre époux n'ont cependant pas complètement disparu. En effet, les papyrus de Ravenne nous montrent une femme instituée héritière par son mari (Spangenberg, p. 101). — D'autre part, le Bréviaire prévoit et réglemente le cas où la fille d'un curiale laisse par testament ses biens à son mari. C. Th., XII, 1, c. 7 et interpr. : Si quis filiam curialis acceperit uxorem, et haec ipsa

en ce sens étaient même beaucoup plus docilement suivis que leurs exhortations à la charité envers les pauvres. On s'attachait moins au précepte de l'aumône qu'au tempérament qu'il comportait, et l'écrit de Salvien « contre l'avarice » constate avec tristesse à quel point les préoccupations mondaines assiègent les mourants (1) : ils se soucient plus des intérêts temporels de leurs parents que du salut de leur âme ; pour beaucoup, le conseil « d'employer les richesses d'iniquité à se faire des amis » (2) reste lettre morte ; on voit même des prêtres qui, dans leur testament, omettent Jésus-Christ, ses pauvres et son Église (3).

C'est que le monde romain n'était pas encore intimement imprégné de l'esprit chrétien. Selon la pensée profonde de Troplong, le paganisme, « négligé comme culte, vivait dans les mœurs. Plus d'un chrétien par la foi restait payen par les habitudes civiles et domestiques » (4). Sans

in conjugio ejus mortua fuerit, et omnia ad maritum, quaecunque supra dicta videbatur possidere, testamenti voluntate pervenerint, omnibus curiae necessitatibus maritus ille, qui heres est, teneatur obnoxius.

(1) Ed. de 1669, p. 231 et sq.

(2) Luc., XVI, 9.

(3) Salvien, epistola IX, ad Salonium. *Corpus scriptorum ecclesiasticorum*, t. VIII, p. 220. Et ideo videns ille qui scripsit commune esse hoc malum-prope universorum labemque hanc non ad mundiales tantum homines, sed etiam ad pæninentes atque conversos, ad viduas quoque jam continentiam professas atque ad puellas in sacris altaribus consecratas, quodque, ut ita dixerim, prope inter monstra reputandum est, ad levites etiam ac presbyteros, et quod his feralius multo est, etiam ad episcopos pervenisse, ex quibus multi, quos supra dixi, sine affectibus sine pignore, non familias non filios habentes, opes et substantias suas non pauperibus non ecclesiis, non sibi ipsis non denique, quod his omnibus majus est ac praestantius, deo sed saecularibus vel maxime et divitibus et extraneis deputarent, factus est in corde ipsius, sicut scriptum est, zelus domini quasi ignis ardens.

(4) *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, voir p. 72 et sq. — Montalembert, éloquent même lorsqu'il se trompe,

sortir du domaine des actes à cause de mort, nous en trouvons une autre preuve bien curieuse dans les dispositions relatives aux funérailles et aux tombeaux. Les payens réglaient avec une minutie orgueilleuse et puérile les détails de leur sépulture; ils demandaient qu'on n'ensevelît à côté d'eux aucun cadavre dont le contact les eût avilis: l'aristocrate Dasumius décrétait que ses affranchis ne seraient pas enterrés trop près de lui (1). Ces précautions se retrouvent encore chez les premiers chrétiens : ils défendent de placer aucun autre corps au dessus du leur (2). Et cependant, ces soucis nous paraissent bien peu dignes de vrais disciples de Jésus-Christ. Mais les préjugés payens étaient trop inhérents aux âmes romaines pour qu'elles pussent même remarquer combien ils s'accordaient mal avec la nouvelle doctrine. Ce n'était que peu à peu que le christianisme devait développer ses conséquences et réformer la vie sociale comme la vie individuelle. Le monde romain a gardé jusqu'à la fin ses traditions de sécheresse et d'égoïsme. Il a fallu que des peuples jeunes, qui ne connaissaient pas la corruption d'une civilisation décadente, fussent jetés sur l'Empire, pour infuser peut-être un sang nouveau à des races dégénérées, et en tous cas pour ranimer de leurs ardeurs

et à plus forte raison lorsqu'il dit vrai, s'écrie en son style enflammé : « Si telles étaient les misères de l'Église encore si jeune et si proche de son sanglant berceau, que devaient être celles de l'État, de la société laïque ? Un seul mot suffira pour le définir : le paganisme était tout entier debout. » (*Les Moines d'Occident*, 6e éd., t. I, p. 9.)

(1) *Test. de Dasumius*, ligne 105 (Girard, textes, 2e éd., p. 724). — *Test. du Lingon*, I, ligne 20. (Bruns, *Fontes juris*, 5e éd., p. 297.)

(2) Dans le *Nouveau Traité de Diplomatique*, on lit en note, p. [illegible], « Baronius rapporte une épitaphe gravée sur un marbre, qui ne permet pas de douter que l'usage des malédictions ne fût commun chez les premiers chrétiens : Nemo suum vel alienum cadaver super me mittat ; quod si hoc praesumpserit, sit maledictus, et in perpetuum anathemate constrictus. »

juvéniles les courages languissants (1). Les Germains, surtout les Francs, ont offert à l'action de l'Église des âmes neuves et généreuses : les invasions barbares ont seules permis à l'Église de répandre l'esprit évangélique, et à la France de devenir chrétienne.

(1) Voir Boissonade, *Histoire de la Réserve héréditaire*, p. 172, et les autorités citées note 9.



TITRE II

LES INSTITUTIONS BARBARES

En indiquant, au début du titre précédent, quelles personnes suivaient la loi Romaine, nous avons par là-même déterminé le cercle de celles qui vivaient selon les coutumes germaniques (1) : l'enfant légitime né d'un père barbare se voit appliquer la loi de son père ; l'enfant illégitime dont la mère est barbare relève du même droit que cette mère ; la femme mariée à un Germain, en se plaçant sous son *mundium*, s'est soumise du même coup à la loi de sa nation ; on applique en général à l'affranchi le droit auquel est emprunté le procédé qui l'a rendu libre ; enfin les clercs pris individuellement restent fidèles à leur loi de naissance.

Ces principes servent à décider, non pas seulement que tel individu, échappant à la loi romaine, ressortit au droit barbare ; mais encore qu'il dépend de telle ou telle coutume particulière. Le droit barbare en effet n'est pas un. En retraçant le tableau des institutions romaines, nous avions déjà constaté qu'elles ne se présentaient pas partout identiques : l'*Édit de Théodoric*, la *lex Romana Burgundionum*, la *lex Romana Wisigothorum*, différaient par quelques traits. Le même phénomène se reproduit du côté barbare, mais plus net et plus accentué. Chaque

(1) Voir *supra*, p. 21.

A. — 9

peuplade a ses traditions propres. Toutefois on retrouve chez toutes un fond commun de principes semblables : ce sont surtout ces tendances profondes et uniformes qu'il nous faut dégager, car ce sont elles qui ont duré, et qui ont dirigé la formation de notre droit national.

Lorsqu'il s'agit de reconstituer la vie juridique des Germains, les documents ne s'offrent plus aussi nombreux que pour la civilisation romaine : aussi ne devons-nous négliger aucun élément d'information. La première source de renseignements, c'est l'ouvrage de Tacite sur la *Germanie*, dont la critique moderne reconnaît l'exactitude avec une admiration de jour en jour croissante (1). Sans doute cet écrit est antérieur de plusieurs siècles à l'établissement des Barbares sur le sol de l'Empire ; mais il indique à grands traits un état de droit qui forme le fond même de la constitution germaine. Les témoignages concomitants ou postérieurs aux invasions peuvent marquer certains changements, ou même de notables transformations ; dans l'ensemble ils corroborent le récit de Tacite : à une époque comme à l'autre, c'est le même peuple qui apparaît (2).

Ces textes d'une date plus récente, qui nous révèlent le droit élaboré de l'autre côté du Rhin, ce sont les *Leges Barbarorum*, symétriques des *Leges Romanorum*, et rédigées dans les Royaumes barbares à l'usage des sujets germains de ces états. Elles fixent pour chaque peuplade les règles suivies par la pratique de ses tribunaux. Trois d'entre elles nous intéressent particulièrement, comme se référant à la région et au temps que nous étudions ici : la *loi salique* (3), qui dans sa rédaction première, en soixante-

(1) Voir Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. I, p. 112.

(2) Cf. Glasson, *Histoire du Droit*, t. II, p. 41.

(3) Ed. Pardessus, Paris, 1843. — Hessels et Kern, Londres, 1880. — Behrend, 2e éd. Weimar, 1897.

cinq titres, remonte vraisemblablement au règne de Clovis (1); — la *loi Ripuaire* (2), remaniée et complétée sans doute à des moments divers, mais dont au moins « la première partie (titres 1-31) doit représenter la coutume propre et originale des Francs Ripuaires » (3); — la *lex Barbara Burgundionum*, ou *loi Gombette* (4), qui remonte dans son ensemble aux dernières années du v[e] siècle, avec quelques additions du début du vi[e] (5). Il faudrait aussi tenir compte des premières rédactions de la *loi des Wisigoths* (6) : l'Édit d'Euric, à la fin du v[e] siècle, eut force législative dans une partie notable de la Gaule, puisque la puissance wisigothique s'étendait alors jusqu'au Plateau central (7); et cent ans plus tard il en fut fait, sur l'ordre de Léovigilde, une revision qui s'imposa au moins à la Septimanie. Mais ces très anciens monuments du droit des Wisigoths ne nous sont parvenus que dans des conditions fort imparfaites : les fragments qu'on en a publiés en ce siècle-ci (8) ne sont pas encore identifiés avec certitude, et la mise en œuvre de pareils matériaux est dangereuse. En revanche, nous ne nous interdirons pas de compléter notre enquête au moyen des Leges écrites pour d'autres contrées et à une époque plus tardive (9); seulement il importera de procéder avec pru-

(1) Esmein, *Histoire du Droit*, p. 99 et sq.

(2) *Mon. Germ.*, in-folio. *Leges*, t. V, p. 185 (éd. Sohn).

(3) Esmein, *l. c.*, p. 104.

(4) Pertz, *Leges*, t. III, p. 497 et sq. — De Salis, *Mon. Germ.*, in-4°, *Legum sectio I*, t. II, p. 29.

(5) Esmein, *l. c.*, p. 106.

(6) Cf. Brunner, *l. c.*, t. I, p. 320 et sq. — Esmein, *l. c.*, p. 106.

(7) Cf. Brunner, *l. c.*, t. I, p. 51; p. 189 et note 3.

(8) Les fragments lus sur un palimpseste de Paris ont été édités par Bluhme, *Die westgotische Antiqua*. — M. Gaudenzi a publié deux autres séries de fragments, reproduits dans la *Nouvelle Revue historique*, 1886, p. 525 et sq; 1889, p. 428 et sq.

(9) Voir sur cette méthode Boissonade, *Histoire de la Réserve*, p. 172.

tence, de distinguer soigneusement ce qui dérive directement des traditions anciennes, et ce qui provient d'une importation romaine (1). Sous le bénéfice de cette réserve, nous pourrons citer parmi les lois des Alamans (2), des Bavarois (3), des Frisons (4), des Saxons (5), des Thuringiens (6), des Chamaves (7), des Lombards (8). Toutefois une considération particulière s'impose lorsqu'on étudie le contenu des Lois Lombardes, dont la physionomie a toujours présenté des traits particuliers, qui s'est formée par une évolution successive, et qui fut directement influencée par le droit romain.

Nous considérons donc que le testament était inconnu des Germains. Insister sur cette dernière idée, indiquer et expliquer les exceptions apparentes ou réelles qu'elle comporte, tel sera l'objet de notre premier chapitre. Puis nous rechercherons, dans un second chapitre, s'il existait quelque équivalent plus ou moins imparfait du testament romain. Un dernier chapitre déterminera quelle part de liberté était laissée à l'individu pour disposer de ses biens en vue de sa mort.

(1) Voir sur les différentes Leges : Glasson, [illegible] II, p. 134 et sq. — Brunner, [illegible] p. 296 et sq.

(2) Pertz, *Leges*, [illegible] — Lehmann, *Mon. Germ.*, in-4, *Leges nat.* [illegible]

(3) Pertz, *Leges*, [illegible] p. 183.

(4) Pertz, *Leges*, [illegible] p. 631.

(5) *Mon. Germ.* in-fol., *Leges*, t. V, p. 1 et s. (de Richthofen).

(6) *Mon. Germ.* in-fol., *Leges*, t. V, p. 103 et s. (de Richthofen).

(7) *Mon. Germ.* in-fol., *Leges*, t. V, p. 269 et s. (Sohm).

(8) Pertz, *Leges*, [illegible]

CHAPITRE PREMIER

ABSENCE DE TESTAMENT CHEZ LES GERMAINS

Les principes germaniques en matière successorale sont résumés en une phrase de Tacite (1) : *Heredes tamen successoresque cuique liberi et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patrui, avunculi.* « Il n'y a pas de testament ». Cette proposition si simple devait étonner les concitoyens de Tacite, comme elle peut étonner aujourd'hui les juristes formés à l'école romaine. Et cependant, si l'on y réfléchit, ce qui serait surprenant, ce serait au contraire le phénomène inverse : il serait extraordinaire que les Barbares eussent inventé et pratiqué le testament au milieu de leurs forêts de Germanie. Le testament est, en effet, une création singulièrement audacieuse, et l'habitude seule nous empêche d'en remarquer la hardiesse : l'homme est mort, et sa volonté produit encore des effets de droit ; on conserve au défunt une énergie juridiquement active et féconde. Ce n'est pas une conception naturelle qui germe spontanément dans l'esprit humain. Elle ne peut naître que dans certains milieux, elle implique une civilisation déjà savante (2) : le *nullum testamentum* n'est pas seulement vrai, il est vraisemblable.

(1) *Germania*, c. 20.
(2) M. Glasson, *l. c.*, t. II, p. 73, constate qu'on ne rencontre le testament à l'origine d'aucune civilisation.

I

Les Leges. — Principe général : non-usage du testament.

La même ignorance du testament se retrouve, en général, au temps des Leges : on ne rencontre aucune allusion à un acte de ce genre ni dans la loi Salique, ni dans la loi Ripuaire, ni dans les lois des Chamaves, des Frisons, des Alamans, des Saxons, des Thuringiens, ni dans les édits Lombards. Les seuls modes d'aliénation prévus par ces textes sont des modes entre-vifs, qui se réalisent par tradition (1); lorsque la loi des Saxons s'occupe de l'exhérédation de l'héritier présomptif, — d'ailleurs pour la défendre, — c'est exclusivement par tradition entre-vifs qu'elle en prévoit la possibilité (2). Il est vrai que la loi Ripuaire emploie le mot *testamentum*, mais c'est avec un sens bien différent de celui auquel nous sommes habitués. Cette expression subit, en effet, une curieuse évolution : au Bréviaire, dans le langage de l'*interpretatio*, nous avions remarqué qu'elle impliquait toujours l'idée d'écriture (3) ; on réservait cette désignation aux dispositions de dernière volonté consignées par écrit, en sorte que deux éléments, acte *mortis causa* et écriture, entraient dans la définition du *testamentum*. D'après la terminologie Ripuaire, le premier et le plus ancien de ces éléments a disparu : le second persiste seul : *testamentum* est devenu synonyme

(1) Lex Thuringorum, c. 54 : Libero homini liceat hereditatem suam, cui voluerit, tradere. — Cf. Lex Alamannorum, I, 1.

(2) Lex Saxonum, c. 62 : Nulli liceat traditionem hereditatis suae facere praeter ad ecclesiam vel regi, ut heredem suum exheredem faciat, nisi forte famis necessitate coactus, ut ab illo qui hoc acceperit sustentetur.

(3) Voir *supra*, p. 41.

de *instrumentum*, et désigne toute constatation écrite d'une opération juridique. La loi Ripuaire parle, par exemple, d'un *testamentum renditionis* (1): sans difficulté il faut traduire : acte de vente. Il va de soi qu'il n'est nullement question d'un testament au sens romain ou au sens moderne ; les pures traditions germaniques n'admettent pas que l'individu puisse disposer de ses biens pour le temps où il ne sera plus.

II

Les Leges. — Admission exceptionnelle du testament.

Si les Barbares n'avaient pas eu l'idée du testament, il n'en est pas moins vrai qu'une fois établis dans l'Empire, au contact du monde romain et de l'Église, ils furent à même de modifier leurs mœurs et leurs conceptions. Quelques-unes de leurs tribus subirent de bonne heure et profondément l'influence romaine : tels les Burgondes. La loi Gombette prévoit et autorise le testament (2). Mais elle-

(1) Lex Rip. LIX, 1 : Si quis alteri aliquid vinderit et emptor *testamentum rindicionis* accipere voluerit, in mallo hoc facere voluerit, precium in præsente tradat, et rem accipiat, et *testamentum* publici conscribatur..... Au cours du même titre LIX, le mot *testamentum* revient souvent (§ 3, 6, 8), et toujours avec le même sens, comme synonyme de *carta*. — LX, 1 : Si quis villam aut vineam vel quamlibet possessiunculam ab alio comparaverit, et *testamentum* accipere non potuerit, si mediocres res est, cum VI testibus, et si parva cum tres, quod si magna, cum XII, ad locum tradiciones cum totidem numero pueros accedat. ..... Cf. eod. tit. § 3, 6, 7. — LXVII, 1 : Si quis moriens debitosus aut testamenta venditionis seu tradicionis aliquid fecerit .....

(2) Un certain nombre de passages règlent la succession des *intestati* : XXIV, 3, 4 ; LI, 3 ; LIII, rubr. et 1. — Voir surtout les textes commentés ci-après.

même indique qu'il est emprunté au droit étranger, et elle l'oppose à la donation d'origine germanique (1). Tandis que cette opération continue à être régie par la coutume barbare, le testament est soumis aux prescriptions romaines ; on le prend comme il est dans la *Lex Romanorum*, et on le transporte tel quel dans la *Lex Barbarorum* : il faut cinq ou sept témoins, qui souscrivent ou scellent le testament, ou, s'il est oral, qui déposent de son contenu (2). Le législateur Burgonde ne s'arrête plus à détailler les multiples règles imaginées par la jurisprudence romaine. Peut-être laisse-t-il au juge le soin de s'en enquérir et d'en maintenir l'application (3) ; en tous cas, il n'est frappé que du caratère extérieur qui apparait seul au premier abord : la présence des témoins en nombre compétent. Une autre remarque ressort de la comparaison du Papien et de la loi Gombette : le Papien mentionne le testament olographe et néglige de signaler le testament oral (4) : la loi Gombette, à l'inverse, passe sous silence le premier de ces procédés, et reconnait expressément le second. Faut-il en conclure que Gondebaud ou ses succes-

(1) XLIII, § 1 : ..... hoc ordine in populo nostro donationes factæ et testamenta valebunt, ut quinque aut septem testes donationi aut testamento, prout possunt, aut signa aut subscriptiones adiciant. § 2 : Quod si minor testium numerus interfuisse probabitur, facta donatio aut conditum testamentum nullam habere poterit firmitatem. § 4 : Ceterum de testamentis et donationibus statuta superius forma servabitur. — LX, § 2 : Ceterum si quis post hæc barbarus vel testari voluerit vel donare, aut Romanam consuetudinem aut barbaricam esse servandam, si vult aliquid firmitatis habere quod gesserit, id est : ut aut scripturis legitimis, quod largiri cuicumque voluerit, teneatur, aut certe quinque ingenuorum testimonio, quod dimittere voluerit vel donare, robur accipiat et in ejus, cui res deputata fuerit, jura commigret. — Cf. Beseler, t. I, p. 245 et sq.

(2) A rapprocher du Papien, XLV, § 2. Voir *supra*, p. 40, note 3.

(3) Les termes *scripturis legitimis* du t. LX, § 2, pourraient peut-être appuyer cette conjecture.

(4) Lex Rom. Burg. XLV, § 1. — Voir *supra*, p. 41 ; p. 43, note 2.

seurs entendaient défendre aux Barbares la forme olographe et aux Romains la forme non écrite ? Le résultat n'est pas vraisemblable, et il est aisé de l'écarter en se rappelant le caractère imparfait et fragmentaire des *Leges* : elles ne se soucient pas, comme nos lois modernes, de régler toutes les difficultés imaginables. Loin de s'attacher aux hypothèses exceptionnelles, elles ne prévoient que le *quod plerumque fit*. Dans ces conditions, la discordance que nous venons de noter entre la *Lex Barbarorum* et la *Lex Romanorum* s'explique d'elle-même : les Barbares étaient incapables d'écrire leur testament de leur propre main : sans recourir à l'aide d'un scribe, ils se contentaient volontiers de la parole et de dépositions verbales, même pour les opérations les plus graves de la vie civile. Les Gallo-Romains, au contraire, plus policés, étaient habitués à écrire ou à faire écrire les actes importants, destinés à produire des effets durables.

La fonction du testament, aux mains des Bourgondes, semble avoir été sensiblement la même qu'aux mains des Gallo-Romains : il servait à la fois à des fins religieuses et à des fins laïques. D'abord, l'influence de l'Eglise se manifeste dans la loi Gombette elle-même. Le titre LX insiste sur la nécessité de cinq témoins au moins, parce qu'il entend réagir contre les habitudes contraires qui commencent à se former : « Nous avons appris que quelques Barbares ont voulu prendre possession de biens qu'on leur avait conférés à titre de donation ou d'hérédité en ne réunissant que deux ou trois témoins, contrairement à l'antique usage » (1). Pourquoi cette tendance de la pratique à

(1) Lex Barb. Burg. LX, § 1 : Quotiens in quibuscumque negotiis consuetudo antiqua neglegitur, necesse est, ut nova lege futuris temporibus consulatur. Et quia aliquos Barbarorum per duos aut tres testes conlatas sibi vel donationis vel hereditatis nomine facultates adversus morem veterum usurpare velle cognovimus, eorum primitus

réduire ainsi le nombre des témoins? Dans l'empire romain, Théodose la signalait et la réprimait déjà, en en indiquant l'origine ecclésiastique (1). On lit en effet dans les Livres saints cette parole souvent répétée : *in ore duorum vel trium testium stet omne verbum*. Moïse l'avait prononcée le premier (2); Jésus-Christ la rappelle (3), et les clercs la redisent avec complaisance (4). Ils essaient d'en étendre l'application aux testaments. C'est donc que ces actes étaient fréquemment rédigés sous la dictée des prêtres. Mais bien souvent aussi l'inspiration en était exclusivement profane, et c'est encore la loi Gombette qui nous édifie sur ce point : ce même titre LX, § 1, fait allusion aux dons et legs adressés à des Barbares, *aliquos Barbarorum* : il s'agit évidemment de personnes privées. Et ailleurs, nous voyons les fils songer à leur mère en prenant leurs dernières dispositions (5). En Burgondie, comme dans les autres royaumes barbares, les pensées du temps et les préoccupations de l'éternité se disputent l'âme des mourants, et les unes comme les autres se reflètent dans les testaments.

Toutefois, pour le règlement des intérêts de famille, le

præsumptionem præsenti lege corrigimus constituentes : ne tam paucis testibus commissa res valeat.

(1) Lex Rom. Wis. IV, 4, c. 7, *in fine* : In omni autem genere testamenti.....: quod quidem nullam habeat firmitatem, nisi aut septem aut quinque vel rogati aut qui fortuitu venerint, possint jure testimonium perhibere, videlicet [ut] post hanc sanctionem divinis et liquescentibus apicibus, qui trium testium numero sint contenti. La nouvelle édition de Madrid supprime le [ut], pour la plus grande clarté du texte.

(2) Deuteronome, XVII, 6; XIX, 15.

(3) Math. XVIII, 15; Joann. VIII, 16-18.

(4) Saint Paul avait donné l'exemple : 2e *Cor.* XIII, 1; *Hebr.* X, 28.

(5) XXIV, 4 : Ceterum si quis filiorum matri per testamentum aliquid aut donationem contulerit, mater exinde faciendi quod voluerit habeat liberam potestatem.

rôle principal appartenait, dans les états de Gondebaud, à une institution toute différente, qui n'a plus rien de commun avec les inventions romaines. Le père divisait ses biens par parts égales entre lui-même et ses fils ; il faisait à ceux-ci tradition de leur part, et gardait la sienne pour en disposer ensuite à son gré (1). Ce partage se réalisait par acte entre-vifs : la tradition qui le consommait en fournit la preuve ; et on en peut d'autant moins douter que cette pratique était courante chez les Burgondes, dès une haute antiquité, avant qu'ils ne connussent les actes *mortis causa*. Au contact des Gallo-Romains, ils tentèrent de s'écarter de la tradition ; mais leurs rois s'efforcèrent de les y ramener, et elle paraît encore très généralement suivie au temps de Gondebaud.

Les textes wisigothiques publiés par Bluhme (2) et par

(1) LI. 1. Quamlibet haec in populo nostro antiquitus fuerint conservata, ut pater cum filiis propriam substantiam æquo jure divideret, tamen emissa jam pridem lege custodiri hujusmodi ordinem jussimus et patrum utilitatibus consulentes adjecimus, ut ex eo, quod in portione patris veniebat, faciendi quod voluisset haberet liberam potestatem. Sed quia in nostra nuper disceptatione praeclaruit, Athilam quendam et antiquæ constitutionis seriem præterisse et saluberrimæ legis præceptionibus resultasse nec debitam tradidisse filio portionem et ita facultatem suam per inclitos scripturarum titulos ad alias transtulisse personas, ut nihil exinde ad filium voluerit pertinere : et ne quisquam improbum hujusmodi sequeretur exemplum, quod contra legem fecerat, ex lege jussimus non valere, omnemque ejus substantiam filio addiximus possidendam. Judicium quoque nostrum, ut præsumptoris inobedientiam resecavit, ita inditum legibus generalis praecepti justitiam retinebit. Ideirco salvo eo, quod in hujusmodi negotiis promulgata dudum lege praecepimus, quisque patrum filiis competentes substantiae non tradiderit portiones, nihil contrarium, nihil per scriptorium in prajudicium faciat filiorum, ac si fecerit, nullius poterit esse momenti. — XXIV, 5 : Si quis Burgundio filios habet, tradita filiis portione, de eo, quod sibi reservavit, donare aut vendere cui voluerit habeat liberam potestatem. — Cf., I, 1 et 2.

(2) Bluhme, *Antiqua*, p. 16 :

CCCXVIII : , epase

M. Gaudenzi (1) mentionnent formellement le testament; mais la critique de ces documents n'est pas encore assez avancée pour qu'il soit possible d'en tirer des conclusions certaines sur le droit des sujets d'Euric. Deux remarques peuvent cependant permettre de hasarder une conjecture vraisemblable : d'une part le chapitre CCCXIX de l'*Antiqua* de Bluhme (2), comparé au chapitre correspondant

| t testamentum. uel la interpret.....
| equalem in
| na uel
| in.........possideat post obitum.

p. 47 :

CCCXXIV. *de successionibus eorum qui sic mori untur ut nec donationem nec u* | llum *faci ant testamentum nec prese* | nt*ibus testibus suam ordinent uolu* | *ntatem gradu proximi obtinebunt heredi* | tat*em*.

(1) Textes publiés par M. Gaudenzi et reproduits dans N. R. H. 1886, p. 525 et sq. : VII De filiis ante patrem mortuis.

Si cuicumque moriatur filius ejus ante quam ille moriatur : et relinquant ei filii nepotes : ita ut unus relinquat unum filium. et alius relinquat plurimos : et moriatur postmodum avus illorum intestatus......

VIII. De naturalibus qui de ancilla nascuntur, ita et si de ingenua absconse nati fuerint. Et si non abeat filios de legitima uxore, potest fieri mater eorum quæ concuba fuit uxor : cum conscientia tamen regis. Et postea illa mater filiorum in matrimonio, et filii ejus sint liberi ; et potestatem habeat si voluerit pater derelinquere illis hereditatem suam. Si autem intestatus obierit. sint illi heredes filii.

IX Si quis non habuerit filios legitimos de legitima uxore natos : et habuerit naturales. quartam partem heredidatis suæ habeat licentiam relinquere naturalibus ; si voluerit dum sanus est per donationis chartulam. aut moriens per testamentum. Ita tamen si ancilla sit illa concuba ipsius. cum filiis suis ante testes legitimos ingenua dimittatur : ad junctos filios et matrem illorum det hereditatis suæ quartam portionem : nam amplius quarte portionis naturalibus dare non potest. Quod si filios de legitima uxore habuerit, nullatenus ei relinquere liceat naturalibus filiis. nisi duodecimam partem ; undecim reliquæ partes. ad legitimos remaneant filios. Si vero pater moriens non reliquerit aliquid naturalibus filiis. ingenui sint sivi contenti. et non eos revocet ad servitium legitimi filii.

(2) Bluhme. *Antiqua*. p. 32 :

des rédactions postérieures (1), semble se référér à une période où le testament n'était pas encore connu. D'autre part nos fragments portent la trace d'influences romaines, burgondes et wisigothiques (2). On est alors amené à penser que sous une première forme la coutume wisigothique écrite n'admettait pas le testament, mais que de bonne heure le contact des populations romanisées en fit accepter l'usage.

On signale (3) en outre deux autres peuplades barbares comme ayant admis le testament dans leurs coutumes rédigées. D'abord, les Bavarois : et en effet la *Lex Bajuvariorum* (4) s'occupe des libéralités que le mari adresse à

CCCXIX. maritus si uxori suae aliquid *dona*
uerit et ipsa post obitum mariti sui *in nul*
lo scelere adulterii fuerit conversa*ta sed*
in pudicitia permanserit aut si certe *ad aliù*
maritum honesta conjunctione per*uene*
rit. de reb. sibi a marito donatis pos*siden*
di. et post obitum suum relinquendi *cui uolue*
rit habeat potestatem.

(1) Dans le Code en XII livres postérieurement promulgué, le texte précédent est reproduit avec des interpolations significatives (V, 2, c. 5) ; on intercale entre les mots *cui voluerit* et *habeat potestatem* le complément suivant : *secundum voluntatem testatoris ;* et après les mots : *habeat potestatem*, on ajoute cette phrase : cæterum si filios non relinquens *intestata* discesserit, aut ad maritum ejus, si superstes extiterit, aut ad heredes mariti qui donationem conscripsit, eadem donatio pertinebit. Ces additions s'expliquent tout naturellement si on admet que le testament s'est introduit entre les deux rédactions.

(2) Esmein, N. R. H.: 1889, p. 432. — *Hist. du droit*, p. 107, note 6. — Brunner, *l. c.*, t. I, p. 325.

(3) Voir Beseler, t. I, p. 244 et 245. — Glasson, *Histoire du droit*, t. III, p. 176 et sq. (M. Glasson reproduit dans son ouvrage un article qu'il avait antérieurement publié dans N. R. H. 1885, p. 625). M. Glasson compte la loi des Alamans parmi celles qui admettent les actes testamentaires. C'est assurément un *lapsus*, car le savant historien ne cite, et pour cause, aucun passage de cette loi à l'appui de son assertion.

(4) XV, 10, § 3. Si autem maritus ejus, qui nec filios nec filias nec

sa femme par donation ou testament. Puis les Lombards (1); mais les pratiques que l'on relève dans leur droit comme dispositions à cause de mort ne sont pas telles en réalité: encore ne se sont-elles introduites que lentement et péniblement. L'édit de Rothari (643) ignore complètement les actes testamentaires, et plus tard dans les lois de Liutprand (713-735) rien n'en révèle l'admission : il est question de libéralités que les malades sur leur lit de mort adressent à l'Église; mais elles semblent plutôt se réaliser par acte entre-vifs (2). La seule mention

nepotes nec pronepotes nec ullum de propinquis habet, sed in uxorem *aut donatione aut testamento* sive partem sive omnes contulerit facultates, et hæc deinceps in viduitate persistit, et memoriam mariti cum pudicitia castitatis observat, omnia quæ a marito ei sunt donata possideat, et ea in quem voluerit pro suo jure transfundat. — Il est à remarquer que le texte relatif aux donations adressées à l'Eglise *pro redemptione animæ* (I, 1) ne parle que des libéralités entre vifs, et nullement des testaments : le mot comme la chose en sont absents.

(1) Voir Beseler, t. I, p. 124 et sq. — Glasson, t. III, p. 177, note 3.

(2) Liutprand, 6. (Pertz, p. 109.) Si quis Langobardus, ut habens casus humanæ fragilitatis egrotaverit, quanquam in lectolo rejaceat, potestatem habeat, dum vivit et recte loqui potest, pro anima sua judicandi vel dispensandi de rebus suis, quid aut qualiter cui voluerit; et quod judicaverit, stabilem debeat permanere. Rien ne révèle la nature testamentaire de la disposition; rien ne permet de croire à une innovation sur le droit antérieur. — 101 (Pertz, p. 149) Si qua mulier religionis velamen induta fuerit, vel observata omnia,qualiter in superiore capitulo adfixa sunt, in monasterio intrare voluerit......... Nam si in domum permanserit, potestatem habeat de rebus suis judicare pro animam suam, aut cui voluerit, tertiam portionem; duas vero portionis ex rebus ejus sint in potestatem ipsius, ad quem mundium ejus pertinet. Le rapprochement du § 102 paraît bien indiquer que les actes visés au § 101 se concluaient entre vifs; § 102 : Si quis Langobardus habuerit filium masculinum legetimum unum, aut filia legetimam unam aut plures, et antequam eam ad maritum tradat, *ad mortem venerit*, potestatem habeat ad filiam suam *per cartola donacionis*, si voluerit, usque ad quartam portionem de rebus suis *judicare*; si *judicaverit*, stabilem permaneat. — 73 (Pertz, p. 137.) De donatione qua sine launigild aut sine thingatione facta

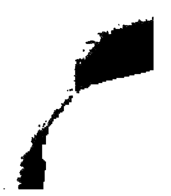


des pratiques testamentaires romaines a précisément pour but de les interdire; il est défendu d'instituer héritiers les enfants illégitimes, soit par les procédés du droit barbare, soit au moyen d'une « fraude quelconque », — entendez: au moyen d'un acte *mortis causa* à la romaine (1). Avec Aistulf (755) on se rapproche des dispositions testamentaires, sans cependant y arriver. Lorsqu'un moribond est dans l'impossibilité d'effectuer lui-même un affranchissement, il charge un tiers de s'acquitter ce soin, et sa volonté doit être suivie (2); mais ce n'est pas cette volonté même qui confère la liberté: il faudra qu'un acte entre-vifs intervienne ensuite pour procurer le résultat souhaité par le défunt: son désir ne vaut que comme un fidéicommis du temps d'Auguste, alors que l'activité administrative des consuls en assurait seule l'exécution. Le maître veut-il, avec la liberté, donner au futur affranchi quelque avan-

est, menime stare deveat. Quia et sic specialiter in edictum non fuit institutum, tamen usque modo sic est judicatum : ideo pro errore tollendum hoc scribere in edicti paginam jussimus. Et qui fuerit propinquus parens, ipse succidat, et si ille supræstis fuerit, qui ipsam donationem sine launigild dedit, possit eam a se recollegere ; excepto si in ecclesiam aut in loca sanctorum aut in exonodochio pro anima sua aliquit quiscumque donaverit, stabile deveat permanere quia in loga sanctorum aut in exeneodochio nec thinx nec launigild impedire devit, eo quod pro anima factum est. Sans aucun doute il s'agit d'une opération entre-vifs.

(1) Liutprand. 105 (Pertz, p. 150). De his qui de inlecito matrimonium ante tempo nati sunt, et ei legetimi fratri sui volontariæ partem dederunt, ita statuimus, ut si ei fratri sui legetimi volontariæ partem dederunt, in ipso deveant permanere, et eos exhereditare menime deveant. Nam pater non possit illos inlecitas neque per thinx vel per qualicumque conludium heredis instituere..

(2) Aistulf. 12 (Pertz, p. 199). Cognovimus multotiens perfidos homines contra voluntatem defunctorum suorum parentum agere, dum ipsi pro animabus suis per loca venerabilia res suas distribuebant, et pertinentibus suis simplicem libertatem cum rebus quibuslibet donabant, et cum ipsis hominibus per astutia agebant, et eos ad suis cespitibus removentis in suum servitium replicabant, postmodum liber-



[illegible]

[illegible] qui [illegible] l'esclave [illegible] d'Ais- [illegible] : mais [illegible] testament : de [illegible] au père qui [illegible] de même le [illegible] abstenus de [illegible] qui, juridi- [illegible] les testaments ;

[illegible] hanc resecare [illegible] defuncti. Et ita san- [illegible] in sanitatem aut egritudinem [illegible] eas habere loca venerabilia [illegible] ipsas excoluntur, liberas esse dixerit, ut [illegible] faciant : secundum ipsius statuta [illegible] domini sui preceptionem [illegible] et sint liberi de suis personis sicut [illegible] instituerint, et ab ejus heredibus non replicentur, nec [illegible] removeantur, sed ab ipsis locis venerabilibus defensentur : excepto si sua voluntate voluerit exire, licentiam habeat in sua libertate exire, et vivere ubi voluerit. Nam si ad finis mortis properaverit, ita ut nec thingare hominem suum possent, neque in manu sacerdotis traderint circa altario liberum dimittendum, propter subitanea morte, et instituerit, ut post ejus obitum per manum sacerdotes, qualem designaverit, circa sacro altario deduci debeatur : causa miserationis decrevimus, ut sicut dominus eorum preceperit, ita impleatur, et sacerdotes, quem designaverit, eum absque cujuscumque contradictionem absolvat, et liber permaneat ; quia maxima merces nobis esse videtur, ut de servitio servi ad libertatem ducantur, eo quod redemptor noster servus fieri dignatus est, ut nos libertatem donarit. Si vero aliquid ei in ipso exito suo donaverit aut donare preceperit, stabilis ei ipsa donatio permaneat, quia apostolus Paulus auctoritas maxime ad domesticos fidei beneficium præstare jubit. Et pro launegild imputetur ei servitium suum, eo quod servus non habit, unde aliut launegild ei faciat.

(1) Aistulf. 10 (Pertz, p. 198) : ..... si autem predictus nepotis decesserit absque filiis filiabus aut intestatim, et sorores reliquerit.....

(2) Voir par exemple Roth. c. 168, 170 (Pertz, p. 39) ; Liut. c. 105 (Pertz, p. 150) ; Lex Saxonum, c. 62.

on ne saurait donc rien conclure de l'emploi isolé de cette expression. A une époque postérieure, Charlemagne constata que certains donateurs se réservaient le droit d'aliéner de nouveau le bien donné. Il proscrivit cette pratique (1), mais après lui, Lothaire l'autorisa de nouveau (2). L'analogie avec les legs est pressante, et cependant il n'y a pas identité (3). Les biens ont été donnés une première fois; une première tradition a eu lieu, suivie d'une seconde. Dès le principe, la propriété avait été transférée. Nous sommes en présence d'une donation sous condition protestative. Conception peu scientifique, pratique pleine d'incertitudes et de dangers, mais qui montre précisément à quel point le testament répugne aux tendances germaniques. L'exemple des populations romaines en fait naître parfois l'idée et le désir; les anciens principes résistent : deux ou trois seulement des Leges se sont ouvertes au testament, sous l'énergique pression de la coutume romaine.

(1) Liber Papiensis Karol. M. c. 78 (Pertz. p. 501). Si quis Longobardus statum humanae fragilitatis praecogitans pro salute animae suae de rebus suis voluerit judicare vel cartulam donationis cuilibet facere, non, sicut hactenus fieri solebat, jus sibi vendendi donandi commutandi et per aliam cartam easdem res alienandi reservet potestatem, sed absolute faciat unusquisque de rebus suis quod velit, et noscat sibi ex nostra auctoritate penitus interdictum, duas de eadem re facere donationes; sed postquam unam de rebus suis traditionem fecerit, aliam de ipsis rebus faciendi nullam habeat potestatem : ita tamen, ut, usumfructum si voluerit habere, per precariam res traditas usque in tempus diffinitum possidendi sit concessa facultas.

(2) Liber Papiensis Lotharii, c. 17 (Pertz. p. 542) volumus ut res quae a liberis personis locis Deo dicatis conferuntur, licet sibi usumfructum et ordinationem earundem rerum, si aliter sibi placuerit, reservent, si aliter eas non ordinaverint, ita maneant sicut prius datae fuerint.

(3) On a dit aussi qu'un capitulaire de 789, promulgué par Charlemagne pour les Lombards (Boretius, t. I, p. 216) supposait chez ce peuple l'existence du testament. Mais c'est une déduction téméraire, que le texte n'impose nullement, comme l'a prouvé Beseler, t. I, p. 130.

CHAPITRE II

LES ÉQUIVALENTS DU TESTAMENT

Les Barbares, qui répudiaient le testament, sentirent pourtant de bonne heure, et avant d'avoir pris contact avec la civilisation romaine, le besoin auquel satisfait cet acte : ils désiraient quelquefois assurer la transmission d'un bien particulier ou de la succession prise en bloc à tel bénéficiaire, sans se priver durant leur vie des avantages de leur fortune. Ils imaginèrent pour y réussir des expédients qui présentent tous un double caractère : dans l'intention des parties, ils jouent le rôle d'une institution d'héritier ou d'un legs ; mais aux yeux des hommes de loi, ils ne procèdent que de la volonté de personnes vivantes : économiquement, ce sont des actes à cause de mort ; juridiquement, des actes entre-vifs. Le donateur, dans une mesure plus ou moins large, se dépouille actuellement et irrévocablement : un droit sort de son patrimoine d'une façon immédiate et définitive. Lorsqu'il mourra, sa personnalité ne sera pas prolongée pour transférer encore la propriété ou des créances ; c'est le jeu naturel des choses ou l'activité d'un tiers qui assureront au bénéficiaire les prérogatives dont le défunt aura joui jusqu'à son dernier souffle.

I

Partage d'ascendant Burgonde.

C'est peut-être à cette catégorie d'actes qu'appartient le partage d'ascendant prévu par la loi Gombette (1). On éprouve quelque surprise en voyant le père diviser de son vivant ses biens entre ses fils, et ne se réserver à lui-même qu'une part d'enfant. Incontestablement il agissait en vue de sa mort, et pour présider lui-même au règlement de sa succession. N'est-on pas porté à croire que l'opération, juridiquement consommée par une tradition immédiate, ne développait en fait tous ses effets qu'après le décès de celui qui l'accomplissait? On peut supposer que la division n'avait pour objet que la propriété, que le père, tant qu'il vivait, conservait un droit de jouissance et d'administration sur l'ensemble de sa fortune. Mais ce ne sont là que des conjectures. Au contraire les Leges nous donnent des détails abondants, sinon parfaitements clairs, sur deux autres institutions fort curieuses : l'*affatomie* du droit Franc ; le *thinx* du droit Lombard.

II

Affatomie franke.

Le titre XLVI de la loi Salique décrit longuement les formalités de l'affatomie (2). Elles se distinguent surtout par

(1) Voir *supra*. p. 136.

(2) XLVI. (Behrend, 2e éd., p. 95). De acfatmire. Hoc convenit observare ut thunginus aut centenarius mallo indicant et scutum in illo mallo habere debent et tres homines tres causas demandare

l'immixion d'un intermédiaire entre le disposant et le bénéficiaire : aucune opération ne met directement les deux parties intéressées en contact: c'est seulement par l'entremise d'un tiers qu'elles entrent en rapports. La loi Salique ne donne à ce tiers aucun nom particulier; mais les sources postérieures caractérisent des fiduciaires analogues du nom de *Salmann*, et les auteurs modernes emploient cette répression même à propos du VI[e] siècle (1).

Les solennités prescrites se décomposent en trois actes : 1° le disposant, dans le *mâl* ou assemblée judiciaire, fait passer au pouvoir du tiers une partie de sa fortune en lui lançant à la poitrine un fètu symbolique (2) : il lui indique

debent. Postea requirent hominem qui ei non perteneat et sic fistucam in laisum jactet. Et ipse in cui laisum fistucam jactavit de furtuna sua quantum voluerit aut totam furtunam suam cui voluerit dare. Ipse in cujus laisum fistucam jactavit in casa ipsius manere debet. Et hospites tres vel amplius collegere debet et de facultatem quantum ei creditum est in potestatem suam habere debet. Et postea ipse cui isto creditum est ista omnia cum testibus collectis agere debet. Postea aut ante rege aut in mallo illius cui furtuna sua depotavit reddere debet accipiat fistucam in mallo ipso ante duodecim menses quos heredes appellavit in laisum jactet nec minus nec majus nisi quantum ei creditum est. Et si contra hoc aliquis aliquid dicere voluerit debent tres testes jurati dicere quod ibi fuissent in mallo quem thunginus aut centenarius indixerit et quomodo vidissent hominem illum qui furtuna sua dare voluerit in laisum illius jam quem elegit fistucam jactare : nominare debent denòminatim illo qui fortuna sua in laiso jactat et illo quem heredem appellit similiter nominet. Et alteri tres testes jurati dicere debent quod in casa illius qui furtuna sua donavit ille in cujus laisu fistuca jactata est ibidem mansisset et hospites tres vel amplius ibidem collegisset et in beodum pultis manducassent et testes collegissent et illi hospites ei de susceptione gracias egissent. Ista omnia illi alii testes jurati dicere debent et hoc quod in mallo ante regem vel legitimo mallo publico ille qui accepit in laisum furtuna ipsa aut ante regem aut in mallo publico legitimo hoc est in mallobergo ante teoda aut thunginum furtunam illam quos heredes appellavit publice coram populo fistucam in laiso jactasset hoc est novem testes ista omnia debent adfirmare.

(1) Heusler. Institutionem des deutschen Privatrechts. t. I, p. 217.

(2) Qu'était-ce au juste que la *festuca*? Un brin de paille ou un

en même temps à quel bénéficiaire définitif il devra remettre les biens ; 2° le tiers s'installe chez le disposant ; il reçoit des hôtes au nombre de trois au moins ; ils les héberge et reçoit leurs remerciements, de façon à marquer clairement de quels droits il est investi ; 3° dans un délai de douze mois, le tiers remet au bénéficiaire désigné exactement ce qu'il a reçu lui-même. Comme la première transmission, celle ci se réalise par le jet d'un brin de paille ou de bois dans le sein de l'*accipiens* : la cérémonie a lieu dans le mâl légitime ou royal (1). A chacune des phases, on a dû s'assurer de la réunion de trois témoins, qui certifient au besoin que tout s'est régulièrement passé.

Il est certain que ces actes qui se succèdent sont tous entre-vifs ; le principe du *nullum testamentum* est scrupuleusement respecté. Mais d'autre part l'opération a pour résultat final de donner un héritier à celui qui en prend l'initiative. La loi Salique le fait entendre en indiquant que le bénéficiaire a été désigné comme *heres* ; la loi Ripuaire précise en définissant l'affatomie une *adoptio in hereditate* (2). Comme le remarque Beseler (3), il ne s'agit nullement d'une adoption au sens romain du mot ; il n'est pas question de créer fictivement à tous points de vue un rapport de père à fils entre les parties (4), puisque

morceau de bois ? Un bâton de grandes dimensions ou un fragment minuscule ? Voir sur ces points Heusler, t. I, p. 76.

(1) Sur les différentes assemblées ou *mâls* mentionnés à notre titre, voir Beseler, t. I, p. 102 ; — Heusler, *l. c.*, t. II, p. 624 : — Brunner, *l. c.*, t. I, p. 148 : t. II, p. 134, 150, 174.

(2) Lex Rip. XLVIII. Si quis procreatione filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in praesentia regis, sive vir muliere, vel mulier viro, seu cuicumque libet de proximis vel straneis, adoptare in hereditate vel adfatimi per scripturarum seriem seu per tradicionem et testibus adhibetis, secundum legem Ribuariam licentiam habeat.

(3) Beseler, t. I, p. 105.

(4) Nous nous plaçons au temps des Leges ; il est possible que la



l'affatomie est permise entre époux (1). Les mots *in hereditate* restreignent la portée du mot *adoptare*; on ne s'inquiète que des intérêts patrimoniaux et successoraux, et les diverses solennités qu'il faut accomplir se réfèrent à une mutation de droit réel : l'affatomie est l'agnation d'un héritier (2).

Les difficultés commencent lorsqu'on cherche à analyser le fonctionnement de l'opération. Une question d'une importance capitale se pose tout d'abord : à quel moment le droit se fixe-t-il sur la tête de l'héritier? En d'autres termes, à quel moment se place la seconde cérémonie judiciaire? Selon M. Heusler (3), elle a toujours lieu après la mort du disposant primitif : ce décès est précisément le point de départ du délai de douze mois au cours duquel elle doit s'accomplir. Cette opinion a reçu du monde savant un accueil favorable (4) ; elle soulève cependant de graves objections. Le texte de la loi Salique s'en accommode assez mal : il rappelle qu'une première désignation de l'héritier a été faite, et c'est immédiatement après cette allusion à l'acte initial, dans la même phrase, qu'il mentionne les douze mois : ces douze mois commencent donc à courir dès la première scène de l'opération. L'interprétation se fixe tout naturellement en ce sens (5), et

Germanie primitive ait vu dans l'affatomie une véritable adoption. Voir Brunner, t. I, p. 77, note 48.

(1) C'est ce qui résulte du texte précité de la loi Ripuaire (t. XLVIII).

(2) Heusler, *l. c.*, t. II, p. 622 : « sich einen Leibeserben künstlich schaffen »; — p. 624 : « eine eigentliche Aufnahme eines *extraneus* in den Busen, d. h. in die Eigenschaft eines nächsten Erben, mit allen Wirkungen der Erbfolge ».

(3) Heusler, *l. c.*, t. I, p. 215, note 2.

(4) M. Viollet, entre autres, la déclare « infiniment vraisemblable ». *Hist. du droit*, 2e éd., p. 863, note 1.

(5) Voir Stobbe, Ueber die Salmannen ; Zeitschrift für Rechtsgeschichte de Rudorff, 1868, p. 408, note 3.

il est arbitraire de sous-entendre, dans une phrase qui se suffit à elle-même, des mots qui en modifieraient la portée (1). M. Heusler invoque la suite du titre : en prévision du cas où des contradicteurs s'opposeraient à la dernière transmission, on exige quelques témoins, qui déposent de ce qui s'est passé au premier màl. C'est donc, conclut M. Heusler, que le disposant est mort : sinon, il suffirait de s'en rapporter à son propre témoignage. La réplique est aisée : l'acte final de l'affatomie peut se passer du vivant du disposant : mais il est possible aussi que celui-ci soit mort avant la consommation de l'opération et l'expiration des douze mois. S'il meurt durant le délai, les diverses phases de la procédure ne continueront pas moins à se dérouler sans lui. Il est même probable qu'il a spécialement prévu cette éventualité, puisqu'il a voulu se donner un héritier : s'il s'était cru assuré de vivre encore de longues années, il n'aurait sans doute pas pris une pareille précaution, il ne se serait pas hâté de recourir à un équivalent du testament. On peut encore imaginer qu'il est absent, empêché pour une cause quelconque d'assister au màl, ou qu'il cherche frauduleusement à échapper aux conséquences de son premier acte. On conçoit ainsi l'utilité de témoins qui suppléeront à ses affirmations, le cas échéant les rectifieront, et le soutien que M. Heusler voulait donner à sa thèse s'écroule sans résistance : la fin du titre XLVI de la loi Salique ne justifie pas une affirmation contre laquelle le début four-

(1) La même conclusion s'impose, si l'on parcourt les 10 textes reproduits par Hessels et Kern : tous s'accommodent mieux de notre traduction que de celle de M. Heusler, et la leçon du Cod. 10 ne semble pas comporter d'autre interprétation que la nôtre :... sic postea ante Regem aut in mallo legittimo illi cui fortunam suam deputaverit reddere debet, et accipiat fistucam in mallo ipso. Et ipsum quem hæredem deputavit ante XII menses in laisio suo jactet nec minus nec majus nisi quantum ei creditum est.

nissait déjà une forte présomption, et que la loi Ripuaire dément encore plus énergiquement. En effet, dans la loi Ripuaire, les formalités de l'affatomie sont simplifiées (1) : le salmann a disparu, et les deux parties traitent directement ensemble ; tout se conclut en une seule séance, devant le roi, grâce à une *traditio* ou à la rédaction d'un écrit (2). Il est donc bien évident que le disposant est encore en vie quand celui qu'il veut gratifier devient son héritier. Pourquoi ce qui est la règle d'après la loi Ripuaire serait-il une impossibilité d'après la loi Salique? On ne s'expliquerait pas la disparition du salmann, s'il avait été le trait d'union entre deux personnalités dont l'une ne pouvait entrer en scène qu'après la mort de l'autre. Dans ces conditions, sa fonction eût été indispensable, et la loi Ripuaire aurait dû le maintenir.

Selon qu'on adopte ou qu'on repousse sur ce point l'opinion de M. Heusler, on comprend différemment le droit accordé au gratifié. Déclare-t-on que l'affatomie ne peut se parfaire qu'une fois ouverte la succession du disposant ? Le bénéficiaire de cet acte est rendu *de plano* propriétaire des biens du défunt dans les mêmes termes que son auteur. Si au contraire, comme nous le pensons, l'opération a pu arriver à son terme du vivant même de celui qui l'a entreprise, le destinataire se trouve dans la situation d'un héritier présomptif. L'affatomie n'est permise

(1) XLVIII. Voir supra, p. 149, note 2.

(2) [illegible] déclare [illegible] que la rédaction de l'écrit s'ajoutait à la tradition. [illegible] que la première ait pu suppléer la [illegible]. Mais il est aujourd'hui constant qu'à partir d'une certaine [illegible] remise [illegible] suffisait à remplacer toute autre [illegible] *Die Investitur per cartam* [illegible] *die Ueberrig-* [illegible] der Römischen und [illegible] Heusler, [illegible] t. I, p. [illegible]

qu'aux personnes qui n'ont pas d'enfants (1), et elle a pour effet de leur en donner un au point de vue successoral. L'institué est comme un fils par rapport aux biens du disposant : il a dans ces biens le droit réel latent que l'organisation de la famille germanique attribue aux enfants dans les terres de leur père (2). On ne peut pas plus l'en dépouiller qu'on ne pourrait en priver un fils par le sang. A la mort de son bienfaiteur s'évanouit l'obstacle qui comprime son droit réel, et il va se comporter à son tour comme un propriétaire ordinaire. Toutefois la loi Ripuaire autorise une affatomie réciproque entre mari et femme, et dans cette hypothèse le droit successoral du survivant ne lui confère pas une propriété aussi libre que de droit commun ; les actes de disposition lui sont interdits, sauf pour cause pie ou en cas de nécessité urgente (3).

Nous comprenons malaisément qu'une même opération puisse ainsi créer, selon les cas, des situations notablement dissemblables. Mais le fait s'explique sans peine, si l'on se familiarise avec la notion germanique du droit réel telle que l'a dégagée M. Heusler (4). Varié dans ses applications, susceptible de modifications accidentelles, le droit réel reste toujours le même dans son essence, et substantiel-

(1) Lex. Rip. XLVIII.

(2) C'est au fond l'opinion de Beseler, d'après qui le résultat de l'affatomie est de créer une *Gesammteigenthum* entre l'*accipiens* et le *tradens* (t. I. p. 106). Seulement pour lui, l'analogie entre la situation de l'*accipiens* et celle d'un fils n'existe pas, puisqu'il nie que le fils ait un droit réel dans la fortune paternelle (t. I. p. 48 et sq.)

(3) Lex. Rip. XLIX. Quod si adfatimus fuerit inter virum et mulierem, post discessum amborum ad legitimus heredis revertatur, nisi tantum, quae pare suo supervixerit, in elemosina vel in sua necessitate expenderit.

(4) Heusler, *l. c.*, t. II, p. 16 ; p. 78. — Cf. Champeaux, *la Vestitura ou Saisine*, p. 146 et sq.

lement identique à lui-même. La propriété, l'usufruit, le gage, ne sont pas séparés et individualisés en autant de concepts distincts : on n'y voit que les aspects plus ou moins étendus d'un élément fondamental (1), que M. Heusler appelle le droit de domination sur une chose (*Herrschaftsrecht*) (2), et qu'il définit « le droit à l'exercice de la saisine sur cet objet » (3). Assurément on ne retrouve pas ici la clarté des catégories romaines : il ne faut pas la demander aux cerveaux toujours embrumés d'Outre-Rhin. Mais on ne peut s'empêcher de remarquer ce qu'il y a de conforme à la réalité dans cette doctrine simpliste, qui laisse à l'arrière-plan l'*abusus*, le pouvoir ne s'exerçant que pour se détruire, tandis qu'elle met en plein relief l'*usus* qui constitue le fait normal et la raison d'être du droit. Il avait fallu sans doute le rigorisme de la procédure romaine, avec ses actions cataloguées sous autant d'étiquettes spéciales, pour provoquer la classification intransigeante des droits réels, que les jurisconsultes de la République et de l'Empire ont formulée avec leur puissance d'abstraction et leur précision habituelles. Les Germains en sont restés à l'idée plus concrète et plus confuse de l'uniformité profonde des relations entre la personne et la chose, au principe de l'unicité du droit réel.

Cette observation sur la constitution de la propriété barbare nous permet d'aborder avec plus d'assurance un des problèmes les plus délicats que soulève l'affatomie, si féconde en mystères : il s'agit de la situation juridique

(1) M. Champeaux, *l. c.*, p. 149, propose à ce sujet une métaphore expressive : « Tous les droits des choses nous apparaissent comme faits d'une même étoffe dans laquelle les ciseaux des conventions découpent des quantités différentes ».

(2) Heusler, *l. c.*, t. II, p. 16.

(3) Heusler, *l. c.*, t. II, p. 78. Das Recht auf Ausübung der Gewere am Gute.

du Salmann. Quels sont ses droits et ses fonctions? M. Heusler expose un système compliqué. « Le salmann, écrit-il (1), n'avait pas reçu la propriété : le disposant n'était pas sorti de son bien : même c'est à peine s'il l'avait abandonné pendant que le salmann habitait temporairement sa demeure. La signification juridique de la remise faite au salmann, c'est plutôt de lui donner pouvoir pour procéder à une transmission ultérieure à la place du *de cujus*. » Et ailleurs M. Heusler ajoute (2) : « Le *tradens* reste sur sa terre, en conserve la jouissance et la saisine, comme il conserve aussi le droit de révocation vis-à-vis de son homme de confiance. » Quelle est alors l'exacte position du salmann? « Le rapport juridique qui s'établit entre le *tradens* et le salmann empiète sur le domaine des droits réels et des droits personnels. La tradition consentie par le propriétaire au Salmann agit dans la sphère des droits réels, car elle produit toujours une maîtrise du bien, et par conséquent un droit réel. Le salmann n'est lui-même qu'une sorte de tuteur... Il est établi tuteur sur le bien ; voilà le sens du droit fiduciaire qu'on lui accorde, et il reçoit du même coup l'autorisation d'étendre sa saisine sur le bien au moment fixé pour la donation définitive et en vue de cette donation. Lorsque le *tradens* lui-même, en l'absence du salmann, exécutait plus tard la donation vis-à-vis du destinataire, cette transmission était invalide; elle devait être confirmée dans toutes ses parties par la main du tuteur (salmann), parce que la donation était devenue une attribution de ce salmann (3). » De ces développements, qui ne perdraient rien à être plus nets, je retiens deux

(1) Heusler, *l. c.*, t. II, p. 623.
(2) Heusler, *l. c.*, t. I, p. 216.
(3) Heusler, *l. c.*, t. I, p. 220.

affirmations principales : 1° le salmann reçoit un droit réel; — et cette vérité n'est pas contestable; — 2° le salmann peut être révoqué: — et cette conjecture est loin d'être prouvée.

Le trait caractéristique de l'affatomie est d'opérer dans la sphère des droits réels; les solennités qu'elle nécessite ne sortent pas de ce domaine juridique. Par le jet de la *festuca,* le salmann a reçu la « domination », des biens du *tradens*, le droit réel qui se manifeste par une détention effective; et pour éviter toute méprise à ce sujet, il s'installe dans la maison du disposant, il se comporte en propriétaire : un pouvoir direct lui a été donné sur les biens qui font l'objet de l'acte. Quand vient le moment de la restitution au bénéficiaire, il procède vis-à-vis de celui-ci à une cérémonie exactement pareille à celle qui l'a institué. Il lui remet tout ce qu'il a reçu, et rien que ce qu'il a reçu, par le même procédé dont on s'est servi à son endroit. On l'a justement comparé au fiduciaire du fidéicommis primitif, qui recevait du *de cujus* un droit dont il devenait personnellement titulaire, et se voyait investi de la propriété qu'il était chargé de transmettre (1). On peut l'assimiler plus complètement encore au *familiæ emptor* du testament *per æs et libram* en sa forme première (2), établi par un acte entre-vifs, maitre du

(1) Heusler, *l. c.*, t. II, p. 623 : « Das Verfahren, wie es in der lex Sal. vorgeschrieben ist, hat nach Form und Inhalt die grösste Aenlichkeit mit dem altrömischen fideicommissum, dessen Schwächen bezüglich Festigkeit des eingeräumten Rechtes es theilt. » Le commencement de la phrase est parfaitement exact : mais l'incidente finale contient une confusion, ou du moins en prépare une : sans doute le droit du fiduciaire n'était pas destiné à demeurer sur sa tête; cependant c'était en soi un droit de propriété, et primitivement, au temps de l'*altromisches fideicommissum*, on deduisait rigoureusement toutes les conséquences du principe.

(2) Beseler, *l. c.*, t. II, p. 90. — Esmein, *Cours de l'Ecole des Hautes-Etudes*.

patrimoine du *tradens,* et livrant à l'héritier désigné cette même fortune par un autre acte entre-vifs (1). Mais l'antique *familiæ emptor* ne pouvait pas se voir enlever cette qualité, et je ne conçois pas qu'il en ait été autrement du salmann : on n'imagine pas un droit réel, une fois conféré, repris sans autre forme de procès. Il faudrait qu'une condition potestative affectât le premier acte, et nous ne voyons dans les textes aucune trace de ces réserves toujours étranges, qu'il n'est pas permis de présumer. Le droit du salmann était aussi ferme que celui d'un fidéicommissaire dont le titre a pris valeur par la mort du testateur, ou d'un *familiæ emptor* de l'âge primitif. Il en différait seulement par une étendue moins parfaite, ce qui tenait à l'antonimie des systèmes romain et germanique en matière de droits réels. Plus souple que la jurisprudence romaine, la coutume barbare façonne le contenu et l'efficacité de son droit réel élémentaire sur l'intention des parties; elle en différencie la mise en œuvre, et découpe dans la même substance juridique des modèles variés au gré de chacun. Entre les mains du salmann, le droit réel est modifié par la restitution qui s'impose à cet homme de confiance : l'*usus* est limité par l'*abusus* qui le motive. Transmis au bénéficiaire, le droit réel est restreint par les prérogatives de l'adoptant; il se réduit à une expectative héréditaire. Pour le survivant de deux époux, il ne s'étend pas au delà d'une jouissance viagère. Mais sous cette apparence multiforme, il reste intimement toujours un.

Après avoir analysé les complications de l'affatomie salique, l'esprit aimerait à comprendre le motif de ces formalités répétées. Pourquoi l'intervention d'un tiers? Pourquoi une double transmission de droits réels? Si l'on

(1) Gaius. II, 102.



adopte toutes les idées de M. Heusler, la réponse se trouve d'elle-même : le disposant désire que de son vivant celui qu'il entend gratifier n'ait aucun droit ferme ; il charge un ami d'une mission qui ne s'exécutera qu'après sa mort; il confère à cet homme de confiance un droit vague et toujours révocable, de façon à n'établir qu'un trait d'union aussi ténu que possible entre lui-même et son futur héritier. Pour nous, en déterminant à l'aide des textes, et grâce à des raisonnements appuyés sur des faits certains, le *processus* détaillé des opérations que la loi salique indique confusément, nous avons abouti à des conclusions contraires à deux des postulats de M. Heusler : nous n'avons admis ni la révocabilité du fiduciaire, ni la nécessité du caractère posthume de la seconde cérémonie *in mallo*. Il faut donc renoncer à la séduisante entrée en scène que le savant historien ménage à son salmann. Comment alors justifier l'introduction de cet intermédiaire ? Je chercherais volontiers le secret de l'énigme dans la constitution de la famille et de la propriété germaniques : on ne se résignait qu'avec peine à tolérer la création artificielle d'un héritier. Celui qui voulait en venir là devait s'enlever d'abord, à lui même et à sa famille, une partie de ses droits, les extérioriser en les groupant aux mains d'un tiers, avant qu'ils pussent se fixer sur la tête du bénéficiaire ultime. A Rome, trois mancipations successives étaient requises pour briser définitivement le lien qui rattachait le fils au père; qui sait si chez les Germains on n'estimait pas une double aliénation nécessaire pour priver la famille des droits qu'il s'agissait de remettre au nouvel héritier? Le disposant, par un premier acte, en précence du *thunginus* ou du *centenarius*, a abdiqué ses propres prérogatives. La prise de possession effective du salmann a constitué une publicité de l'opération; elle a permis à tous les parents de

connaître ce qui se préparait ; ils sont mis à même de faire valoir leurs prétentions. Ils les soumettront au second mâl, — la loi salique y fait allusion (1), — et dans cette assemblée, plus solennelle que la première. le peuple ou le roi jugeront s'il convient d'en tenir compte. Les protestataires sont-ils les fils de l'auteur de l'acte ? Il faut s'incliner devant leurs revendications ; l'affatomie est impossible. Sont-ce des ascendants ou des collatéraux ? Le lien qui les unissait au disposant peut être brisé, mais il a fallu s'y reprendre à deux fois avant que la rupture ne fût consommée. L'intervention du salmann se rattacherait donc à des conceptions archaïques, et c'est ce qui expliquerait que la loi Ripuaire, plus moderne, ait pu en faire abstraction : la cohésion familiale subsiste sans doute, mais on ne la protège plus au moyen d'un formalisme aussi rigoureux.

III

Thinx Lombard.

Les résultats auxquels nous sommes arrivés, touchant la nature juridique de l'affatomie, reçoivent une confirmation nouvelle de l'étude du droit Lombard, où le *thinx*, appelé aussi *Garethinx* (2), présente des caractères identiques : les deux institutions sont de même essence.

L'édit lombard ne fournit pas de renseignements détaillés sur les formes du thinx (3). On peut seulement affir-

(1) Arg. des mots : Et si contra hoc aliquis aliquid dicere voluerit.

(2) Voir sur la synonymie de ces deux expressions Beseler, t. I, p. 115 ; Pappenheim, *Launegild und Garethinx*, p. 30.

(3) Voir Pappenheim, *l. c.*, p. 67.

mer qu'il s'agit d'un acte entre-vifs (1), conclu publiquement devant témoins (2). Au contraire, les indications relatives aux effets de l'opération sont plus multipliées; elles restent éparses, il est vrai, dans divers chapitres, et laissent encore subsister bien des obscurités; mais les grandes lignes du système apparaissent assez nettement.

Le thinx est souvent, peut-être même toujours, une disposition soit universelle, soit à titre universel : il porte sur une quote-part ou sur la totalité du patrimoine (3). Il

(1) C'est ce qui résulte par exemple de Roth, c. 172 (Pertz, p. 40) : De thinx quod est donatio. — c. 174 (p. 40) : ille qui garethinx susceperit. — *Adde* l'irrévocabilité.

(2) Roth, c. 172 : Si quis res suas alii thingare voluerit, non absconse, sed ante liberos homines ipsum garethinx faciat, quatinus qui thingat et qui gisel fuerit, liberi sint, ut nulla in posterum oriatur intentio.

(3) Cf. Pappenheim, *l. c.*, p. 46. — Schupfer, compte rendu de la monographie de Pappenheim dans Archivio Giuridico, 1883, p. 509. — Le grand argument qu'on a invoqué pour soutenir que l'objet du thinx pouvait être une *res singula* est tiré de Roth, c. 156 (Pertz, p. 36) : *De filio naturale, qui de ancilla alterius natus fuerit, si pater comparaverit eum, et liberum thingaverit, libertas illi permaneat. Et si non liberaverit eum, sit servus, cujus et mater ancilla. Nam si eum comparaverit, et aliquid de res ei per legem thingaverit habeat ipsas res;* et de Roth. c. 157 : *De eo qui de filio naturale generatus fuerit, quod est threus, heres non fiat, nisi ei thingatum fuerit per legem; et si thingatus non fuerit aliquit de res, tamen libertas illi permaneat.* — Mais Pappenheim remarque qu'il s'agit là du cas particulier où les bénéficiaires sont les enfants naturels ou leurs descendants; et Schupfer estime que l'expression du texte : *aliquit de res* vise une quote-part de la fortune; il s'agirait par conséquent d'une disposition à titre universel. — Il semble d'ailleurs que la distinction entre les transmissions à titre particulier ou à titre universel, distinction à laquelle l'analyse romaine accorde à bon droit une importance si considérable, ne s'était pas nettement présentée à l'esprit des Barbares. L'essentiel à leurs yeux, c'était la succession active aux droits réels : ni la loi salique, ni la loi ripuaire ne s'occupent, au cas d'affatomie, d'un règlement du passif; l'édit lombard prévoit, il est vrai, les difficultés relatives aux dettes à propos du thinx et organise une véritable suc-

donne au bénéficiaire d'une façon irrévocable les droits d'un héritier, d'un fils. dans les biens du déposant : Rothari donne à entendre (1), et Liutprand déclare formellement (2), que le thinx vaut comme institution d'héritier ; les autres chapitres de leurs édits fournissent la justification et le commentaire de cette proposition, dont Liutprand emprunte peut-être la formule précise à la terminologie romaine.

Certains auteurs toutefois ont voulu introduire une distinction (3) : il y aurait. d'après Schupfer. deux sortes de thinx. Tantôt on se trouverait en présence d'une donation à cause de mort, dont l'objet serait le patrimoine du donateur au moment de son décès : tantôt au contraire. — et telle serait la forme la plus ancienne, — la donation serait entre-vifs et entraînerait immédiatement transfert de propriété. On invoque les chapitres CLXVIII (4) et CLXIV (5) de

cession universelle ; mais il est probable que le droit romain a fortement influé en ce point sur le développement de l'institution.

(1) Roth., c. 157 (Pertz., p. 36) : ... heres non fiat, nisi ei thingatum fuerit per legem.

(2) Liut., c. 105 (Pertz, p. 150) : ... Nam pater non possit illos inlecitus neque per thinx vel per qualicumque conludium heredis instituere.

(3) Schupfer, *l. c.*, p. 510.

(4) Roth., c. 173 (Pertz, p. 40). Si quis res suas alii thingaverit, et dixerit in ipso thinx lidinlaib. id est, quod in die obitus sui reliquerit : non dispergat res ipsas postea doloso animo, nisi fruatur eas cum ratione. Et si tales ei evenerit necessitas, ut terra cum mancipia aut sine mancipia vindere aut locum pigneris ponere debeat, dicat prius illi. cui thingavit : « Ecce vedis, quia necessitate compulsus, res istas vado dare : si tibi vedetur, subveni mihi et res istas conserva in tuam proprietatem. » Tunc si noluerit subvenire, quod alii dederit, sit illi stabilem et firmum, qui acceperit.

(5) Roth., c. 174 (Pertz. p. 40). De thinx primus factum. Non liceat donatori ipsum thinx, quod antea fecit, iterum in alium hominem transmigrare : tantum est. ut ille qui garethinx susceperit, tales culpas non faciat donatori suo, quales solent ingrati filii parentibus suis facere, per quas exhereditantur. quae in hoc edictum scriptae sunt.

Rothari, et il est certain en effet que ces deux textes font une place à part au thinx qui porte sur tous les biens à venir du donateur : *quidquid reliquerat donator in diem obitus sui* (1). Mais ce qui fait antithèse à ce thinx universel, c'est le thinx à titre universel qui n'enveloppe qu'une fraction de la succession, et nullement un thinx d'une efficacité plus parfaite. Si les deux opérations diffèrent par leur objet, leur nature juridique n'en demeure pas moins identique : il est aisé de le démontrer. Le rapprochement, le mélange même des deux thinx dans la pensée du législateur et dans les textes de l'édit, leur réunion sous un même nom. ne se comprendraient pas s'ils étaient séparés par autre chose qu'une circonstance contingente telle que la consistance de leur objet. En outre et surtout, une série de textes formels leur appliquent sans les distinguer des principes communs, qui nous permettent de dégager une conception uniforme.

Le thinx, d'une façon générale, sous une forme quelconque, n'est permis qu'aux personnes qui n'ont pas de fils (2) et qui ont perdu leur père (3), — à moins toutefois

Ipse autem qui garethinx susceperit ab alio, quidquid reliquerit donator in diem obitus sui, habeat licentiam in suum dominium recollegere, et debitum creditoribus reddere et ab aliis exegere ; et quod in fiduciæ nexum positum est, reddat debitum et requirat rem in fiduciæ nexu posita.

(1) Pappenheim, qui l'admet pour le c. 173, le nie pour le c. 174. Mais il faut reconnaître avec Schupfer que le second de ces deux chapitres reprend et précise la distinction indiquée par le premier ; le thinx de la fin du c. 174 n'est pas le thinx du commencement, et l'*autem* qui marque le début de la seconde partie accentue l'opposition.

(2) Roth. 6. 168 (Pertz. p. 39). De exhereditatione filiorum. Nulli liceat sine certas culpas filium suum exhereditare, nec quod ei per legem debetur, alii thingare. — Cf. c. 170. 171.

(3) Roth. c. 170 (Pertz, p. 39) Item sicut nec patribus licitum est filium suum sine justa causa aut culpa exhereditare, ita nec filius leceat vivo patre cuicumque res suas thingare aut per quodlebet ti-

que le père n'ait à l'encontre de son fils de justes causes d'exhérédation (1). C'est donc que le thinx a pour résultat de mettre celui qui en profite dans la même situation qu'un fils : le bénéficiaire remplace, par rapport aux biens du disposant, ce fils qui n'a jamais existé, est mort ou indigne. Il est tenu de toutes les dettes du donateur mort obéré (2). — et il en est tenu *ultra vires* comme un fils (3). — de même qu'il recueille tout son avoir corporel, et succède à toutes ses créances.

Du vivant même du *de cujus*, cette vocation héréditaire est définitivement fixée. Ce n'est pas seulement une expectative toujours révocable que confère le thinx : c'est un droit ferme, un droit réel dans les biens du disposant. Il y a eu donation, disent les textes (4), opération portant sur les choses mêmes : *res suas thingavit* (5). C'est ce qui a dérouté Schupfer. Il ne concevait pas que le thinx qui impliquait transfert de droits réels fût le même thinx qui créait un héritier. Mais précisément pour que le thinx procurât au bénéficiaire la position d'un fils, il fallait qu'il lui conférât un véritable droit réel, car les descendants, du vivant même de leur père, sont associés à la propriété : les textes Lombards nous indiquent quelles prérogatives appartiennent *hic et nunc* au fils et au *thingatus*, et c'est de la similitude de ces détails que nous concluons à l'identité juridique des situations.

tulum alienare, nisi forte filius aut filias legitimas, aut filius naturalis reliquerit, ut ipsis secundum legem suam conservet.

(1) Voir Roth. c. 169 (Pertz, p. 39).

(2) Roth. c. 174 (Pertz, p. 40), *in fine*. Voir *supra* p. 161, note 5.

(3) Cf. Pappenheim, *l. c.*, p. 74.

(4) Roth. c. 171 (Pertz. p. 39) : .....omne thinx quod est donatio. — c. 172 (Pertz. p. 40) : De thinx quod est donatio — c. 174 (p. 40) : Non liceat donatori ipsum thinx, quod antea fecit, iterum in alium hominem transmigrare.

(5) Roth. c. 170. 171 (Pertz, p. 39). 172, 173 (p. 40), 367 (p. 85).

Le fils, héritier présomptif, ne peut pas se voir enlever cette qualité s'il n'existe pas contre lui une juste cause d'exhérédation. Le bénéficiaire du thinx occupe lui aussi une situation inexpugnable; il est défendu de la lui enlever par un second thinx, à moins qu'il ne se soit mis dans un des cas qui légitiment l'exhérédation, et pour l'énumération de ces cas on renvoie expressément à la liste établie à propos des fils (1) : rien ne saurait mieux prouver l'assimilation. Or cette solution est précisément écrite dans la première partie du chapitre CLXX, c'est-à-dire dans la phrase où on prétendait découvrir un thinx qui se résoudrait en une donation entre-vifs. Que ce soit un acte entre-vifs, d'accord : mais ce qu'il confère immédiatement et irrévocablement, c'est un droit pareil à celui du fils. La seconde et dernière cause de révocation du thinx en fournit une nouvelle preuve. Le thinx est anéanti lorsqu'il survient au donateur des fils légitimes; s'il lui naissait des filles ou des enfants naturels, le thinx serait maintenu, seulement ces descendants auraient le droit de prélever la même quotité que s'il n'y avait pas eu de thinx (2). L'imitation de la théorie romaine des postumes est ici évidente : mais la rupture du thinx par suite de la naissance d'un fils indique clairement que le *thingatus* occupait la place du fils.

(1) Roth. c. 174 (Pertz, p. 40). Voir *supra* p. 161, note 5.

(2) Roth. c. 171 (Pertz, p. 39) Si quis se desperaverit aut propter senectutem aut propter aliquam infirmitatem corporis, filius non posse habere, et res suas alii thingaverit posteaque eum contegerit filius legitimus procreare : omne thinx quod est donatio, quod prius fecerat, rumpatur, et filii legitimi unus aut plures, qui postea nati fuerint, heredes in omnibus patri succedant. Si autem filias legitimas unam aut plures, seu filios naturales unum aut plures post thinx factum habuerit, habeant sibi legem suam, sicut supra constitutum est, tamquam si nullum thingatum fuisset. Et ille cui thingatum est, tantum habeat, quantum filiae aut naturales parentibus debuerunt habere aut contra eos [illegible] thingatum non fuisset.

Les droits du fils ne développent tous leurs effets qu'à la mort du père : cependant ils existent antérieurement, en comportant des manifestations effectives : du vivant même du père ils s'opposent à toute aliénation (1). De même le *thingatus* peut critiquer les actes de disposition consentis par son bienfaiteur. Et le passage qui nous l'apprend, c'est celui qui, d'après Schupfer, se réfèrerait au thinx *mortis causa* : « l'individu qui a consenti un thinx ayant pour objet tout ce qu'il laissera à son décès ne doit pas dissiper ses biens dans une intention frauduleuse : il est tenu d'en jouir raisonnablement. S'il est pressé par le besoin au point d'être réduit à vendre où à engager ses biens, il doit d'abord s'adresser au *thingatus* en lui disant : vois, sous l'empire d'une nécessité urgente je vais vendre ces choses ; si tu le juges convenable, secours-moi et conserve-les en ta propriété. Si le *thingatus* refuse son assistance à son bienfaiteur, la vente des biens, consentie par celui-ci, sera ferme et valable (2) ». Ce passage montre à merveille les deux aspects du droit du *thingatus* : c'est un droit réel, car la vente faite sans en tenir compte, en dehors des conditions prescrites, ne serait pas « ferme et valable », elle serait donc nulle, et l'intéressé pourrait reprendre les biens aux mains des tiers, c'est-à-dire par voie d'action réelle (3). D'autre part le *thingatus* n'est pas un propriétaire ordinaire (4), puisqu'on lui propose d'acquérir la *proprietas* (5), puisque

(1) Roth. c. 168, 170 (Pertz, p. 39). — Voir *supra* p. 163, notes 2 et 3.

(2) Roth. c. 173 (Pertz, p. 40). Voir *supra*, p. 161, note 4.

(3) Voir Pappenheim, *l. c.*, p. 52.

(4) Cf. Pappenheim, *l. c.*, p. 50.

(5) Ces quatre mots du c. 173 : *conserva in tuam proprietatem*, ont embarrassé Pappenheim, et il renonce à en tirer parti (p. 50). J'avoue n'avoir pas les mêmes scrupules que lui. Il tient à maintenir la leçon de Pertz : *conservo*, et se refuse à admettre la correction



c'est un autre qui est autorisé à prendre l'iniative de la vente. Il est tout naturel que ce droit du *thingatus* ne puisse s'exercer de cette manière que quand le patrimoine du défunt en entier a fait l'objet de l'opération : en pareil cas, la moindre aliénation, la plus légère dissipation, porte atteinte à la situation légitimement acquise au donataire. Au contraire, si une quote-part seulement de la fortune a été comprise dans la libéralité, le droit du bénéficiaire n'a pas d'assiette déterminée : il reste flottant, et la faculté de disposition du donateur conserve un certain jeu. — ce qui n'affecte en rien, comme nous l'avons démontré, textes en main, la nature juridique du droit du *thingatus*. Cette longue discussion aboutit donc à cette conclusion très simple que le thinx, comme l'affatomie, ne sont en définitive que des institutions contractuelles d'héritiers. Seulement dans l'affatomie salique le contrat ne se réalise que par le moyen d'un intermédiaire ; et en toute hypothèse, le droit héréditaire prend immédiatement le caractère d'un droit réel.

conserva proposée par Zimmerle. Mais le texte, sous la forme préférée de Pappenheim, est inintelligible ; la pensée d'une faute de copie, d'un o mis à la place d'un a, se présente tout naturellement à l'esprit, avec une force presque irrésistible ; on ne voit pas d'autre moyen de donner un sens à une phrase qui n'en a pas, et deux manuscrits portent effectivement *conserva*. — Faut-il en conclure que dès le principe, le *thingatus* avait reçu la *proprietas* dans sa plénitude ? Nullement. L'emploi du verbe *conservare* n'entraîne pas une pareille conclusion. Il indique simplement que le *thingatus*, après avoir secouru le *thingans*, acquiert la propriété complète, qu'il l'a onservera dans l'avenir et à jamais. On rendrait assez exactement la portée de l'expression latine en traduisant : « viens à mon aide, et ces biens *resteront* ta propriété ».

CHAPITRE III

DU DROIT DE DISPOSER EN VUE DE LA MORT

Les coutumes germaniques sont loin d'accorder au chef de famille une liberté complète d'action dans la gestion de son patrimoine. Son droit sur ses biens n'est pas absolu : il existe pour la terre ancestrale une communauté juridique, sinon entre tous les membres d'une même famille, du moins entre le père et les enfants. On désigne volontiers cet état de droit sous le nom de *copropriété familiale* (1). Le terme est dangereux, en ce sens qu'il éveille l'idée de doctrines juridiques romaines : on songe au *condominium* tel que le comprenaient les jurisconsultes classiques, alors qu'il s'agit d'une conception toute différente, et qui ne saurait en aucune façon rentrer dans les cadres romains. Puisque l'expression de copropriété familiale est admise, nous continuerons de l'employer, mais en nous rappelant qu'il s'agit de droit réels *sui generis* appartenant au père et aux enfants dans un même bien.

Beseler (2) autrefois contestait que cette copropriété familiale fût en usage chez les Germains primitifs ; à présent

(1) Les Allemands emploient les mots de *Gesammte Hand* et de *Gesammteigenthum* (Heusler, *l. c.*, t. I, p. 224) : tandis que la copropriété à la romaine porte le nom de *Miteigenthum* (Baron, *Pandekten*, 9e éd., p. 250).

(2) Beseler, t. I, p. 48.

on est à peu près d'accord pour en reconnaître l'existence (1), et les auteurs qui se sont spécialement occupés de la question en déduisent longuement les preuves (2). Le père est un administrateur au sens très large du mot; son pouvoir comme chef lui permet d'effectuer sans contrôle toutes les opérations normales; mais s'il est tenté de disposer du bien de famille, il n'a plus qualité pour agir seul, car il n'est pas propriétaire exclusif. Nombreuses et variées sont les conséquences du principe : quelques-unes présentent un intérêt direct pour cette étude.

I

La copropriété de famille et le nullum testamentum.

La manifestation la plus frappante du droit des héritiers est la fixation d'un disponible strictement limité. Sans doute, sous l'influence de l'Église et en sa faveur, on a élargi en bien des endroits la faculté pour le chef de famille de gratifier les établissements pieux : mais souvent les étrangers ne peuvent recevoir qu'une quotité plus restreinte, quand toute libéralité à leur profit n'est pas interdite. Les lois Barbares présentent une assez grande diversité dans la détermination de ce disponible. Ce n'est pas ici le lieu d'analyser les chapitres qu'elles consacrent à cet objet (3) : les donations entre-vifs sont en effet

(1) M. Heusler (*[illegible]*, t. I, p. 227) remarque que l'on ne discute guère que sur les mots, et qu'au fonds tout le monde arrive, ou peu s'en faut, aux mêmes conclusions.

(2) Voir surtout Pappenheim, [illegible], p. 58 et sq. — *Adde* Heusler, [illegible], t. I, p. 227 et sq., [illegible], p. 54 et sq. — Cf. Glasson, t. III, p. 144.

(3) Voir Glasson, [illegible], t. III, p. 185 et sq. — Boissonade, p. 188 et sq.

seules entravées par leurs prescriptions, puisque le testament n'existe pas.

On présente volontiers cette absence du testament comme une conséquence de la copropriété familiale : il y aurait entre ces deux traits du droit germanique un rapport de cause à effet. Mais si la copropriété empêchait seule l'admission des actes *mortis causa*, ceux-ci devraient être permis aux personnes sans enfants ni famille. Même en présence d'enfants, on concevait la possibilité d'une exhédération qui agirait à la façon d'une expropriation. Le *paterfamilias* romain n'était-il pas autorisé à enlever aux *sui* une vocation successorale qui reposait peut-être, elle aussi, sur une copropriété primitive? Il semble plus vraisemblable de considérer le non-usage des dispositions à cause de mort comme un fait naturel et non intentionnel : on n'avait pas inventé le testament. Après les invasions on en prit connaissance, et nous relevons alors la part de vérité contenue dans l'opinion dont nous cherchons à corriger la forme trop exclusive ; le sentiment des droits des proches parents a dû fortifier la répugnance des Barbares pour une institution dont le mécanisme choquait leur sens juridique. Il est en effet évident que l'absence de testament, si elle ne découle pas de la copropriété familiale, a néanmoins pour résultat d'en maintenir l'intégrité. Supprimer les actes *mortis causa* est le moyen radical d'en empêcher les abus : on assure aux héritiers une réserve de la totalité.

II

Du droit de disposer d'après les Leges qui consacrent le testament.

Les peuplades qui admirent le testament ne renoncèrent

pas pour cela au principe de copropriété familiale, ce qui prouve bien que l'incompatibilité n'est pas absolue entre la copropriété familiale et le testament : l'existence de l'une n'entraine pas nécessairement la proscription de l'autre.

Cette vérité est évidente dans la loi des Bavarois (1) : elle ne parle du testament qu'à propos des libéralités entre mari et femme, et elle ne permet à l'époux de transmettre à l'épouse tout ou partie de sa fortune qu'en l'absence de fils, de filles, de descendants, de parents quelconques. Le testament ne porte donc aucune atteinte aux droits de la famille.

Chez les Burgondes (2), le père ne peut disposer de la moindre parcelle de son patrimoine qu'après avoir procédé au partage avec ses enfants. Qu'il fasse succéder à la copropriété indivise une propriété divise, et il sera libre de faire de sa part « ce qu'il voudra ». Mais s'il méprise cette prescription, s'il aliène les biens sans avoir remis à ses fils ce à quoi ils ont droit, son acte est radicalement nul ; les enfants succèdent à la totalité de la fortune.

Le titre LI qui consacre ces règles statue en termes généraux, et il vise aussi bien les testaments que les donations entre-vifs. Pour celles-ci le système ne tarda pas à se modifier. Une Novelle (3), introduite dans le recueil des constitutions burgondes probablement par

(1) Lex Baj. XV. 10. § 3. — Voir *supra*. p. 141. note 4.

(2) Lex Barb. Burg. LI. 1. — XXIV. 5. — Voir *supra*. p. 139. note 1.

(3) Lex Barb. Burg. I. 1 : Quia nihil de præstita patribus donandi licentia vel munificentia dominantium legibus fuerat constitutum, præsenti constitutione omnium uno voto et voluntate decrevimus, ut patri etiam antequam dividat de communi facultate et de labore suo cuilibet donare liceat, absque terra sortis titulo adquisita, de qua prioris legis ordo servabitur.

Sigismond, fils et successeur de Gondebaud (1), autorise le père à donner avant tout partage les biens communs ou les conquêts à qui lui plaira. Seule la terre *sortis titulo acquisita* échappe à ce régime. Le texte ne visant que les donations (2), il y a lieu de croire que les libéralités testamentaires restèrent soumis aux anciennes rigueurs. Il est très naturel, en effet, qu'on ait montré pour les actes entre-vifs germaniques une tolérance plus large que pour les actes à cause de mort romains.

III

Du droit de disposer par partage d'ascendant, affatomie ou thinx.

Les équivalents du testament en usage dans les divers royaumes barbares ne pouvaient pas non plus nuire aux proches parents. Le partage d'ascendant de la loi Gombette n'est que la mise en œuvre et la réalisation du droit des enfants ; seuls les fils y interviennent. L'affatomie franke a pour bénéficiaires des parents plus éloignés ou des étrangers, mais elle n'est permise, nous l'avons vu, qu'aux personnes sans fils ni filles (3). Nous savons aussi que le thinx lombard exige que le disposant n'ait plus ni père ni fils (4). Les fautes de ses enfants peuvent, il est

(1) Voir sur l'histoire de ce titre de la loi Gombette Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. I, p. 336 et 337, note 16 et 17.

(2) Le texte de la novelle ne parle que de *donare*, et les Burgondes connaissaient parfaitement la valeur technique de ce terme ; dans le titre LX, par exemple, il est nettement opposé au mot *testari*.

(3) Lex Rip. XLVIII. Voir *supra* p. 149, note 2.

(4) Roth. c. 168, 170 (Pertz, p. 39). Voir *supra*, p. 162, notes 2 et 3.

vrai, justifier leur exhérédation ; mais les faits qui autorisent cette mesure de rigueur sont limitativement énumérés : ce sont les attentats et les complots contre la vie du père, les coups volontairement portés à sa personne, l'atteinte à l'honneur de sa seconde épouse (1). L'origine de ces justes causes d'exhérédation est évidente : elles sont empruntées à la Novelle 115 de Justinien. La doctrine élaborée par les jurisconsultes romains intervient pour façonner et coordonner les principes barbares, mais la tradition germanique subsiste comme fondement du système (2). Partout les fils ont dans les biens du chef de famille un droit indépendant, que celui-ci est tenu de respecter. Chacun d'eux est même protégé contre les caprices d'un père qui serait tenté d'avantager l'un au détriment des autres. Pour nous en tenir aux Leges qui intéressent directement la Gaule, le partage prévu par la loi Gombette se fait pas parts égales (3), et la loi Ripuaire défend tout préciput supérieur à douze sous (4) : on tient à maintenir entre les héritiers une égalité au moins approximative.

(1) Roth. c. 169 (Pertz. p. 39). De justas culpas. Justas autem culpas exhereditandi filium has esse dicimus : si filius contra animam aut sanguinem patris insidiatus aut consiliator fuerit, aut si patrem percusserit volontariè, aut si cum matrinia sua, id est noverca, peccaverit, juste a patre exhereditetur.

(2) Cf. Pappenheim, *l. c.*, p. 63.

(3) Lex Barb. Burg. LI. 1 : ..... aequo jure divideret... debitam tradidisse filio portionem..... competentes substantiæ portiones.

(4) Lex Rip. LIX, 9 : Filius autem aut filiabus super XII solidos uni plus quam alteri nihil condonare vel conscribere permittimus. Quod si quis fecerit, hirritum habeatur. — C'est par inadvertance que M. Glasson (t. III, p. 191) interprète cette disposition comme fixant « la réserve des enfants à une légitime minima de 12 sous. »

PARALLÈLE

Entre les institutions Germaniques et Romaines.

Nous avons vu par le détail comment les Romains comprenaient les actes de disposition faits en vue de la mort. et quelles étaient les idées des Germains en pareille matière. Toutes les particularités que nous révèlent les textes se rattachent à des tendances profondes, qu'il est aisé de dégager, et qui caractérisent par une antinomie radicale les deux civilisations en présence sur notre sol, au début du VI[e] siècle.

Le droit romain consacre le triomphe de l'individualisme ; la volonté personnelle du chef de famille, voilà le facteur juridique essentiel, l'agent de toutes les transactions, la force créatrice de tous les droits. Cette volonté est si respectée et si puissante, qu'elle continue d'agir après la disparition de celui qui l'a exprimée. Le père règle le sort de sa fortune et de sa famille pour le temps où il ne sera plus, et cela par un acte souverainement libre, qu'il est toujours à même de modifier. Il détermine la dévolution de ses biens avec une indépendance très large, presque absolue ; son pouvoir autocratique n'est guère tempéré que par l'obligation de ne pas dépouiller complètement les parents très proches qui n'ont pas démérité, et pour lesquels l'affection est un devoir. Sous cette réserve et en principe, le testament émané de l'arbitraire du chef de maison est à sa mort la règle de droit suprême, de même que durant sa vie sa personnalité supportait tous les contrats intéressant les siens. L'individu *sui juris* est. dans le monde romain. l'unité juridique et sociale.

Chez les Germains. c'est bien plutôt la famille. Il serait

sans doute excessif, surtout pour le temps des Leges, de déclarer en termes absolus que la famille est tout et que l'individu n'est rien ; la vérité sous cette forme serait exagérée et dénaturée. Mais il est certain cependant que l'exaltation de l'individu est beaucoup moins complète qu'à Rome, et que d'autre part la famille forme une association, une sorte d'être collectif armé de droits inconnus des jurisconsultes de l'Empire. L'énergie individuelle est limitée dans le temps, et les Germains ne peuvent pas concevoir qu'elle s'exerce au delà de la tombe ; sitôt l'homme mort, toutes ses volontés s'évanouissent. Au même moment ses prérogatives juridiques sont recouvertes et absorbées par celles de ses parents, car de son vivant même sa famille jouissait de droits autonomes qu'il ne dépendait pas de lui de supprimer : sa mort les développe, mais elle ne les crée pas.

Cette conception barbare est moins nette sans doute que la théorie romaine ; elle se présente avec cette imprécision vague et flottante qui caractérise toutes les inventions du génie germanique. Mais elle est aussi moins favorable à l'égoïsme du chef de famille ; en restreignant ses pouvoirs, elle donne une situation plus honorable et plus libre aux hommes que la nature a groupés autour de lui. Certains individus sont moins puissants et moins indépendants, mais tous participent à la propriété et à la liberté.



SECONDE PARTIE

L'ÉVOLUTION FRANKE

Sous les Mérovingiens et les Carolingiens, dans la période qui suit l'établissement de l'Empire franc, et, en se prolongeant jusqu'aux approches du x[e] siècle, précède l'organisation de la féodalité, le principe de la personnalité des lois continue de présider aux opérations juridiques (1). Telle est du moins la règle théorique (2); en fait, on évolue lentement vers la territorialité des coutumes (3). Le droit tend à devenir identique pour les habitants d'une même région, et en même temps différent selon les contrées : les traditions germaniques et romaines se pénètrent, se combinent et se fondent; au gré des influences

(1) Voir Stouff, *Personnalité des lois*, p. 8.— Esmein, *Histoire du Droit*, 3[e] éd., p. 709.

(2) Voir, par exemple, un capitulaire *legibus additum*, de 816, § 2 (Bor., t. I, p. 268) : Si quis in aliena patria... de qualibet causa fuerit interpellatus, ibi secundum suam legem justitiam faciat. — *Adde* un autre capitulaire *legibus additum*, de 818-819, § 6 (Bor., t. I, p. 282) : adhibeat sibi vel de suis pagensibus vel de aliis qui eadem lege vivant qua ipse vivit testes idoneos.

(3) Dès le vi[e] ou le vii[e] siècle, il est fait mention de la coutume comme d'une source régulière du droit; *Formulæ Andecavenses*, n° 37 (Roz. 171) : et lex manet, et consuetudo longinquam percurrit.



locales, c'est ici la loi barbare, là le droit romain qui fournissent le fond essentiel de la coutume en voie de formation; partout on saisit la trace d'une action réciproque, d'une lutte ou d'une alliance entre des éléments primitivement distincts.

L'état externe des sources manifeste ce travail interne des institutions. On ne peut plus répartir en deux catégories nettement séparées les documents germains et les textes romains; un même recueil réunit des renseignements concernant les deux droits; une même charte fournit des indications communes.

Ce sont surtout les documents de pratique qui livrent quelques détails sur cette période obscure et confuse. Un certain nombre d'actes concrets nous sont parvenus par des voies diverses, mais particulièrement grâce aux cartulaires des églises et des abbayes (1). Nous avons d'autre part d'importantes et précieuses collections de *formules* (2); la seule de ces collections dont l'auteur soit

(1) De très nombreuses chartes ont été éditées dans les *Diplomata* de Bréquigny et La Porte Du Theil, ouvrage refondu par Pardessus, ainsi que dans les *Cartons des rois*, de Tardif (Inventaires et documents. — Monuments historiques). — M. Thévenin a groupé dans une brochure commode un certain nombre de « *Textes relatifs aux institutions privées aux époques Mérovingiennes et Carolingiennes* ». — D'autres recueils réunissent les chartes relatives à une même province : Pérard, *Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne*. — Devic et Vaissette, *Histoire générale du Languedoc*. — Les plus importants cartulaires ont été publiés dans la *Collection des documents inédits*. *Adde* le *Polyptique d'Iuménon*, édité par Guérard.

(2) Editées par De Rozière, *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du Ve au Xe siècle* ; — Zeumer, *Formulæ Merovingici et Karolini ævi* (*Mon. Germ.*, in-4°, *Legum*, sectio V). — Sur l'origine et la date des différentes collections, voir la dissertation dont Zeuner fait précéder chacune d'elles ; — Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*. t. I, p. 401 ; —

connu est due au moine Marculfe : elle appartient à la région parisienne, et la science française la date du milieu du VII[e] siècle (1). Les récits des chroniqueurs, et surtout de Grégoire de Tours (2), permettent également de saisir quelques particularités juridiques curieuses. Il faut en outre tenir compte d'un remaniement de la loi salique opéré à l'époque carolingienne; ce texte nouveau nous a été transmis sous le titre *Lex Salica a Carolo Magno emendata* (3); il fut probablement rédigé sur l'ordre de l'empereur, mais ce n'en est pas moins, semble-t-il, une œuvre privée (4).

Quant aux documents réellement législatifs de nature à faciliter notre étude, ils se réduisent relativement à peu de chose : les *capitulaires* royaux (5) s'occupent plus des affaires publiques et ecclésiastiques que du droit privé; mal observés, sans prise sur les populations, ils finissent même par disparaître (6). Les canons des conciles (7) prennent en revanche une importance qui grandit avec la puissance de l'Église; mais ils ne tranchent qu'un petit

Viollet, *Histoire du Droit*, 2[e] éd., p. 132; — Esmein, *Histoire du Droit*, 3[e] éd., p. 117.

(1) Zeumer (p. 34), assigne au recueil une date plus tardive. Son opinion a été adoptée par M. Brunner, *l. c.*, t. I, p. 405; mais elle est combattue par les érudits français : Tardif, *Etude sur la date du formulaire de Marculf*, dans N. R. H., 1884, p. 587 et sq. — Esmein, *l. c.*, p. 113.

(2) Edition des *Mon. Ger.* : Scriptores rerum Merovingicarum (Arndt et Krusch).

(3) Pardessus, 5[e] texte, p. 277. — Hessels et Kern, avant-dernière colonne.

(4) Brunner, *l. c.*, t. I, p. 294 et note 13. — Esmein, *l. c.*, p. 102.

(5) Edition des *Mon. Germ.*, in-4° : Legum sectio II (Boretius et Krause).

(6) Brunner, *l. c.*, t. I, p. 374. — Esmein, *l. c.*, p. 710.

(7) Labbe, *Sacrosancta concilia*. — *Mon. Germ.*, legum, sectio III (Maassen).

nombre des questions que nous devrons résoudre. L'œuvre législative la plus complète est la *Lex Wisigothorum* dans son dernier état (1). Receswind l'a codifiée au VII[e] siècle, et après lui quelques additions ou modifications y furent encore apportées. Seulement, à cette époque, la domination wisigothique s'exerçait surtout en Espagne : la Septimanie était la seule province gauloise qui la subît encore. Le code de Receswind est territorial; il s'applique à tous les habitants du royaume des Wisigoths. Il est en même temps tout imprégné de droit romain, en sorte qu'il n'importe pas à l'histoire des origines germaniques; par contre, on ne saurait en faire abstraction quand on veut suivre la déformation des institutions romaines (2).

Un dernier ordre de textes appartient plus exclusivement encore au droit romain. Cette fois, et par exception à la loi générale que nous avons constatée, il ne s'agit plus de sources communes à tous les sujets de l'Empire franc: les *epitome* sont des abrégés du Bréviaire d'Alaric (3), rédigés pour fournir aux praticiens la substance de la *Lex Romana* sous une forme plus commode (4). Six d'entre eux ont été composés ou usités en Gaule, et pourront être utilisés par nous avec profit : l'*epitome ab Aegido edita*; la *scintilla* ou *epitome codicis regii Parisiensis suppl. lat. 215*; l'*epitome codicis Guelpherbytani*; l'*epitome codicis Lugdunensis*; l'*epitome Monachi*; l'*epitome codicis Seldeni*. La plupart de ces *epitome* appartiennent au VIII[e] siècle, et tous sont antérieurs à l'an 900 (5).

(1) Walter, *Corpus juris germanici*, t. I, p. 415.

(2) Brunner, *l. c.*, t. I, p. 320. — Esmein, *l. c.*, p. 106.

(3) Hænel les a édités dans le même ouvrage que la *Lex Romana Wisigothorum*.

(4) Voir la dissertation qu'Hænel a placée en tête de son édition (p. XXIII et sq.). — *Adde* Brunner, *l. c.*, p. 361.

(5) Nous ne ferons pas état de l'*Epitome sancti Galli*, appelé

Comme pour la partie précédente, une division en deux titres s'impose : il faut étudier séparément le testament romain, qui se déforme, mais en même temps pénètre dans la coutume barbare, — et les procédés variés par lesquels les Barbares ont cherché à suppléer le testament. Seulement, cette fois, ce sont les inventions barbares qu'il convient d'examiner en premier lieu, car certaines d'entre elles ont réagi sur les institutions romaines et en ont déterminé les déviations ; d'autre part, nombre de ces pratiques germaniques, dont le rôle était d'abord considérable, ont ensuite perdu de leur importance : elles se sont effacées peu à peu, pour se fondre dans le testament romain transformé.

aussi *Lex Romana Utinensis* ou *Lex Curiensis*. Ce texte n'a pas été composé pour notre pays ; il échappe à l'historien du droit français. — Voir Hænel, *l. c.*, p. XXXI. — Zeumer, *Mon. Germ.*, in-folio, Legum, t. V, p. 296 ; — Brunner, l. c., t. I, p. 361.

TITRE I

DÉVELOPPEMENT DES DISPOSITIONS INTUITU MORTIS DANS LE DROIT BARBARE

Le développement des dispositions *intuitu mortis* dans le droit barbare procède d'une double tendance : ou bien ce sont les principes germaniques eux-mêmes que l'on met en œuvre, et, par la combinaison de leurs conséquences, on en fait dériver une série d'expédients adaptés aux besoins nouveaux; ou bien l'influence romaine agit directement sur les institutions germaniques, et elle leur communique une allure jusqu'alors inconnue. Mais les effets de ces deux forces juridiques s'entrecroisent et s'enchevêtrent au point de se confondre; aussi convient-il de les étudier simultanément et d'en présenter un tableau d'ensemble. Dans cet esprit, nous rechercherons d'abord quels motifs décidaient les Barbares à disposer de leurs biens en songeant à la mort ; puis nous examinerons les procédés techniques qui leur permettaient d'arriver à leurs fins.

...s laissent facilement
..sposant, et ce but est
...n obéit à une pensée
... ...ation temporelle ; ici on
... ...ie succession, là on le
... ... système nouveau.

... ...ieuses.

... ... la mort. soit qu'ils en pré-
... ... qu'ils espèrent lointain,
...proche immédiate. c'est sur-
... ...seignements de la Religion
... ... Les actes qu'ils accom-
... ... ne seront plus sont le plus
...ment de piété : ce sont des au-
... ... pour le salut de leur âme
... ... des établissements hospita-
... ...que. et il suffit d'ouvrir un
... ...pour en trouver la vérifica-
... ... à ce propos trois textes.

d'origine très différente, plus intéressants parce que la portée en est plus générale.

Grégoire de Tours raconte (1) que quand la fille du roi de Neustrie, Chilpéric, dut se diriger vers l'Espagne après avoir épousé un prince Wisigoth, on la fit accompagner par un certain nombre de personnages de haute naissance, ce qui indique que quelques-uns au moins étaient de race barbare. Or ils s'épouvantèrent du voyage, et se considérant comme voués à une mort certaine, au moment du départ ils firent leur testament en disposant de leurs biens en faveurs des églises. Cela se passait dans les dernières années du VI[e] siècle. — Vers la fin du VIII[e] siècle, une formule de Sens (2), c'est-à-dire un modèle destiné a être souvent reproduit sous une forme concrète, nous montre le moribond chargeant un ami de répartir les aumônes qu'il est impuissant à distribuer lui-même. — En 820 (3), Louis le Débonnaire confirme l'Église de Paris dans la possession

(1) *Historia Francorum*, VI, 45 (SS. R. M. t. I, p. 284). Multi vero meliores natu, qui vi compellebantur abire, testamenta condiderunt, resque suas ecclesiis depotantes atque petentes, ut, cum in Hispaniis puella introisset, statim testamenta illa, tanquam si jam essent sepulti, reserarentur.

(2) Zeumer, *Cart. Sen.* 50, p. 206 (Roz. 391). Magnifico fratri illi ego ille. Omnibus non habetur incognitum, quem mihi gravis ægritudo domat, et ælemosina mea minime valeo procurare. Propterea rogo caritate tua, ut propter Deo de res meas in vice mea ælemosina facere vel despensare debeas.

(3) *Cartulaire de Notre-Dame*, livre II, n° 19, t. I. p. 263 :... vir venerabilis Inchadus, Parisiace urbis ecclesie episcopus, detulit serenitati nostre quandam auctoritatem, quod domnus et genitor noster bone memorie Karolus, gloriosissimus imperator, ad petitionem predecessoris sui Erchenradi, ipsius civitatis episcopi, fieri jussit ; in qua continebatur insertum quod, per incuriam et negligentiam custodum ipsius ecclesie, strumenta cartarum exusta vel concremata sive perdita fuissent, per que scilicet quod plures nobiles viri, pro remedio anime sue, res et mancipia ad ipsam delegaverant ecclesiam.

des terres pour lesquelles les titres de propriété ont disparu, brûlés ou perdus, et il mentionne que ces biens avaient été délégués à l'Église par des hommes de noble condition, pour le salut de leur âme. — Voilà plus qu'il n'en faut pour prouver que les dispositions pieuses occupaient la première place dans les actes de dernière volonté; et si l'on veut préciser, au moyen d'un exemple, les sentiments qui dominaient l'âme franke au moment de sortir de cette vie, on peut en lire un bon résumé dans un document de 866 dont l'auteur est le comte Godefredus (1). « La vieillesse du monde approche et les ruines s'amoncellent; chacun doit veiller attentivement au salut de son âme, de peur d'être surpris sans être prêt par une mort inattendue, et de quitter ce siècle sans emporter avec soi le fruit de ses bonnes œuvres. C'est pourquoi, moi Godefredus, au nom du Christ, comte par la grâce de Dieu..... considérant les accidents de ce monde et me souvenant de la miséricorde divine, je cède une part de mes biens au monastère de Beaulieu. Je veux qu'après mon décès, tous les jours, avant l'heure du chapitre, la congrégation entière chante cinq psaumes pour le repos de mon âme, et que de même chaque année, au jour anniversaire de ma mort, on chante l'office et la messe. »

(1) *Cart. de Beaulieu*, n° 3, p. 10. Appropinquante mundi senio atque ruinis crebrescentibus, opportet unumquemque sollicite pro animæ salute vigilare, ne forte mors improvisa aliquem imparatum inveniat et absque fructu divini operis ab hoc sæculo discedentem. Quamobrem ego igitur in Christi nomine Godefredus, gratia divina favente, comes, ... hujus sæculi casum pertractans, et misericordiarum Dei reminiscens, cedo res proprietatis meæ ad monasterium, quod nuper a rusticis Vellinus, sed novo opere a nobis Bellusiocus, nominatur..... Volo etiam ut post discessum meum, omnibus diebus, ante horam capituli, omnis congregatio quinque psalmos pro anima mea decantet, similiter et annis singulis, die Kalendarum obitus mei, officium et missam.

II

Dispositions profanes.

L'élan religieux qui porte les Francs à multiplier les libéralités pieuses ne les entraine pas jusqu'à l'oubli de leurs proches, et les chartes qui gratifient les églises réservent une certaine part aux héritiers du sang (1) : mesure prudente, sans laquelle les autres dispositions fussent souvent restées lettre morte, car les parents totalement dépouillés n'auraient pas manqué de protester contre ce qu'ils eussent appelé une injustice, et de soutenir leurs prétentions par les arguments aussi énergiques que décisifs qui faisaient loi en ces siècles de fer. Il arrive même parfois que l'acte *mortis causa* n'a d'autre but que de confirmer une vocation héréditaire préexistante. Cela suppose que le disposant craint une opposition au jeu normal des règles successorales : c'est le cas par exemple des rois qui, n'ayant pas d'enfants, reconnaissent officiellement le lien qui fait de leur neveu leur héritier présomptif (2), et parfois le fortifient au moyen d'une adoption (3). En d'au-

(1) Zeumer, additam. coll. Flav. n° 1 (Roz. 396) :.... mansus et peculiare seu merita eorum, praeter tantum illa et illa loca, ad legitimis heredes servo. — Charte de Vandemiris et d'Ercamberta (690), Pardessus, t. II, p. 210 : Et, ut haec deliberatio nostra, quem pro animis nostris dare decrevimus... per tempora conservitur, sicut... it reservata ad heridis nostros villas cognominantis E. et M. in pago C., O. et B.

(2) Greg. Tur. *Hist. Fr.* VI, c. 3 (SS. R. M. t. I, p. 246)... ait Chilpericus rex : « Filii mihi, peccatis increscentibus, non remanserunt, nec mihi nunc alius superest heres nisi fratris mei Sygiberthi filius, id est Childeberthus rex : ideoque in omnibus quae laborare potuero hic heres existat : tantum dum advixero liceat mihi sine scrupulo aut disceptatione cuncta tenere. »

(3) Greg. Tur., *Hist. Fr.* V, c. 17 (SS. R. M. t. I, p. 208). Post

tres hypothèses, on confère à un étranger une vocation héréditaire, et on remplace artificiellement un ordre d'héritiers qui fait défaut : les personnes sans fils ni filles se donnent par une adoption des enfants au point de vue des intérêts matériels (1). Ou bien encore, à côté des héritiers légaux, on ajoute une personne qui devra prendre sa part des biens qu'on laissera en mourant : les époux se réservent mutuellement l'usufruit de leur fortune (2); l'époux surtout songe à l'épouse (3), et lui assure les

haec Guntchramnus rex ad Childeberthum, nepotem suum, legatos mittit, pacem petens ac depraecans eum videre. Tunc ille cum proceribus suis ad eum venit...... Guntchramnus rex ait: « Evenit impulso peccatorum meorum, ut absque liberis remanerem, et ideo peto, ut hic nepus meus mihi sit filius. » Et imponens eum super cathedram suam, cunctum ei regnum tradedit, dicens: « Una nos parma protegat unaque asta defendat. Quod si filios habuero, te nihilominus tanquam unum ex his reputabo, ut illa cum eis tecumque permaneat caretas, quam tibi hodie ego pollicior, teste Deo. » Proceris vero Childeberthi similiter pro eodem polliciti sunt. Et manducantes simul atque bibentes dignisque se muneribus honorantes, pacifici discesserunt.

(1) Marculfe, II, 13; Zeumer, p. 83 (Roz. 117). — Zeumer, Sal. Lind., n° 18, p. 279 (Roz. 118).

(2) Marc. I, 12; Zeumer, p. 50 (Roz. 253). — Turonenses, 18; Zeumer, p. 145 (Roz. 246). — Zeumer, Sal. Lind. 13, p. 275. (Roz. 251.) — Zeumer, Sal. Merk. 16; p. 247 (Roz. 252). — Charte de Vandemiris et d'Ercamberta (690); Pardessus, t. II, p. 210 :... stante ista omnia quod superius communi convenientia fecimus, convinit ut qui pare suo superstetis aderat, res pare suo possedire debirit.

(3) Andec. 35; Zeumer, p. 16 (Roz. 254). — Charte de Vandemicis et d'Ercamberta :... dulcissema conjux mea Ercamberta stante ista omnia quod superius diximus, se nos superstitis aderat, et Deo si vovirit, villas cognomenantes L. in pago O. .... sino villare super mare in pago L., C. in pago L., C. in pago L., C. in pago C., A. in pago C., ut jam dixi, dulcissima conjux mea Ercamberti se mihi superstites fuerit, suprascriptas villas, tam de parte sua quam et de parte nostra, in sua faciat revocare domenacione, et monisterio ubi se eligerit d(egere)... re... fu-

avantages pécuniaires que la loi ou la coutume ne lui garantissent pas encore.

Ces diverses dispositions confirment, complètent ou perfectionnent le système légal de dévolution, mais elles en respectent l'économie générale. On est parfois plus hardi, et on n'hésite pas à bouleverser les principes essentiels du droit successoral germanique. Ainsi le partage égal, comme nous l'avons indiqué (1), est la règle entre les fils : mais certains pères de famille ont le désir d'y déroger : un de leurs fils leur est particulièrement cher à cause des soins dont il entoure leur vieillesse : ils cherchent, par une disposition préciputaire, à lui donner une part plus grosse qu'à ses frères (2). On se soustrait dans un cas particulier à l'application d'une loi successorale qui contrarierait les préférences intimes. On va plus loin ; sur quelques points on la déclare ouvertement mauvaise en soi, et on en modifie les résultats : c'est à propos de la représentation et de la situation des filles qu'on constate ces curieuses rébellions contre la coutume antique.

turis temporibus ad ipso monasterio prœdictas villas debiant proficere in augmento. — Acte de 867, au Cart. de Redon, n° 186, p. 144.

(1) Voir *supra*, p. 172. — *Adde* Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, t. II, p. 569 ; — Glasson, *Histoire du Droit et des institutions de la France*, t. III, p. 160. 165.

(2) Zeumer, Cart. Sen. 30, p. 195 (Roz. 169) : Dulcissimo atque in omnibus amantissimo filio meo illo ille. Ammonuit mihi amor et dulcitudo tua, et ex alia parte tu cotidie mihi non cessas deservire et in bono impendas effectum ; propterea mihi prepatuit plenissima voluntas, ut aliquid de rebus propriis meis extra consortium germanus tuos tibi concedere deberem : quod ita et feci. — Andec. 37 : Zeumer, p. 16 (Roz. 171). — Zeumer ; Sal. Bign. ; 10 ; p. 231 (Roz. 170). — D'autres formules ont pour but d'avantager non pas un fils, mais un *nepos* : Marculfe, II, 11 : Zeumer, p. 82 (Roz. 167) ; — Zeumer, Sal. Merk. 25, p. 251 (Roz. 168). — Cf. le 2e capitulaire ajouté à la loi salique, c. 2. Behrend, 2e éd., p. 138.

Le droit barbare ne connaissait pas la représentation : les petits-fils d'un fils prédécédé étaient exclus par leurs oncles de la succession du grand-père (1). D'autre part les filles ne concouraient pas avec leurs frères dans le partage de la terra *salica* ou *aviatica* (2). Les idées romaines, jointes aux principes chrétiens, amenèrent une réaction : très souvent, aux VII[e] et VIII[e] siècles, un aïeul rappelait à sa succession les enfants de son fils ou de sa fille déjà morts (3) : un père donnait vocation à sa fille à côté de son fils (4). La législation entra elle-même dans cette voie. Un édit de Chilpéric I[er], à la fin du VI[e] siècle, étendit les droits successoraux des femmes, sans toutefois les égaler à ceux des mâles (5), et il fallut encore que la volonté de l'homme corrigeât l'injustice de la loi. En faveur des petits-fils, un décret de Childebert II, en 596 (6), introduisit complètement la représentation; mais il ne concernait que l'Austrasie, dont Childebert était roi;

(1) Heusler, *l. c.*, t. II. p. 579 et sq ; Glasson, *l. c.*, t. III, p. 166.— Sous l'influence romaine, la *Lex Burgundionum* admit, au moins dans une certaine mesure, la représentation ; LXXV : De hereditate inter nepotem et amitam dividenda (De Salis, p. 99); LXXVIII : De hereditatum successione (De Salis, p. 102).

(2) Lex Rip. LVI, § 4 (Sohm, p. 241) ; — Lex Sal. LIX, c. 5. (Behrend, 2e éd., p. 125).— Lex Sal. emend. LXII, c. 6 ; (Pardessus, p. 318). — Lex Burg. XIV, § 1 (De Salis, p. 52). — *Adde* les formules ci-dessous. — Cf. Heussler, *l. c.*, t. II, p. 574 et sq. ; Glasson, *l. c.*, t. III. p. 144 et sq., surtout 157.

(3) Marculfe. II. 10 : Zeumer, p. 81 (Roz. 132). — Tur. 22 ; Zeumer, p. 147 (Roz. 131). — Zeumer ; Sal. Merk. 24 ; p. 250 (Roz. 134). — Zeumer ; Sal. Lind. 12 : p. 274 (Roz. 133).

(4) Marc. II. 12 : p. 83 (Roz. 136). — Cart. Sen. 45 ; Zeumer. p. 205 (Roz. 135). — Zeumer ; Sal. Merk. 23 ; p. 250 (Roz. 136 *bis*). — Cf. Cart. Sen. 42 : Zeumer, p. 204 (Roz. 137).

(5) Chilperici edictum (561-584), c. III ; Bor. t. I. p. 8. — Voir Heusler, *l. c.*, t. I', p. 574 ; Glasson, *l. c.* ; t. III, p. 159.

(6) Childeberthi secundi decretio (596), c. 1 : Bor. t. I, p. 15. — Voir Heusler, *l. c.*, t. II, p. 581 ; Glasson, *l. c.*, t. III. p. 166.

aussi les Neustriens continuèrent-ils de recourir dans chaque espèce à un acte spécial pour assurer à leurs petits-enfants la situation qu'ils croyaient convenable de leur donner. On soutient même assez volontiers, sans distinction de lieu, que le décret de Childebert tomba très rapidement en désuétude ou qu'il n'eut jamais de portée pratique. Le fait ne serait pas invraisemblable; certaines familles puissantes auraient pu résister victorieusement aux innovations du roi; cependant, il est remarquable que trois des quatre formules destinées à établir la représentation contrairement à la loi sont étrangères à la région austrasienne (1). La quatrième (2), il est vrai, a pénétré avec tout le recueil dont elle faisait partie dans les pays Transrhénans; mais elle avait été rédigée en territoire salique; de plus c'est seulement deux siècles après Childebert qu'on en constate la diffusion (3). Il est donc très difficile de déterminer quel fut le sort de l'édit de 596. M. Heusler se refuse à croire qu'il soit resté lettre morte; j'ignore s'il a raison; mais ce que je sais bien, c'est que le système par lequel il essaie d'expliquer nos formules et d'en concilier l'existence avec celle du capitulaire est absolument inadmissible. D'après lui, elles seraient relatives aux hypothèses où le père a déjà partagé entre-vifs ses biens avec ses fils; une part lui a été attribuée en propre, et c'est cette part qu'il remet à ses petits-fils. Deux arguments péremptoires ruinent cette conjecture : d'abord la loi Gombette mentionne seule ces divisions entre-vifs de la fortune paternelle, et nos formules n'ont rien de commun avec le droit burgonde. Puis elles expriment

(1) Ce sont : la formule de Marculfe; la formule de Tours; la formule salica Merkeliana. — Voir *supra*, p. 188, note 3.

(2) C'est la formule salica Lindenbrogiana. — Voir *supra*, p. 188, note 3.

(3) Voir Zeumer, *Formulæ*, p. 265; Brunner, *l. c.*, t. I, p. 409.

en termes très clairs l'intention de leur auteur ; ce que le grand-père attribue aux *nepotes*, ce n'est pas sa part à lui, c'est celle de leur père. Il s'agit, d'après le texte même, de modifier l'ordre légal de dévolution (1), de donner aux petits-enfants la situation du père ou de la mère qu'ils ont perdu (2), de les appeler à la succession de l'aïeul en concours avec leurs oncles (3). On ne saurait être plus précis, ni définir plus explicitement ce qu'est la représentation successorale. Il est certain que pendant de longues années, sous les Mérovingiens et les Carolingiens, on vit des particuliers corriger par des actes concrets les principes légaux, aussi bien au profit de leurs petits-enfants qu'en faveur de leurs filles.

Les préambules des formules préparées en vue de ce double résultat laissent apercevoir quelles causes ont déterminé cette réaction contre des traditions séculaires, quels sentiments nouveaux ont pénétré dans la conscience

(1) Marculfe, II, 10 (Roz. 132) : dum et per lege cum ceteris filiis meis, avunculis vestris, in alode meo accedere minime potueratis : ideo per hanc epistolam, vos, dulcissime nepotis mei, volo, etc... — Tur. 22 (Roz. 131). — Sal. Merk. 24 (Roz. 134).

(2) Marculfe, II. 10 (Roz. 132) :... volo, ut in omni alode mea post meum discessum, si mihi suprestetis fueritis,... quicquid suprascribta genetrix vestra, si mihi suprestis fuisset, de alode mea recipere potuerat, vos... prefato portione recipere faciatis. Tur. 22 (Roz. 131). — Sal. Merk. (Roz. 134) : quicquid in jam dicto loco genitor vester filios meos illos et illos dividere et exsequare deberet, vos quoque, nepotes mei, per hanc affatimum post obitus mei dividere et exequare faciatis. — Sal. Lind, 12 (Roz. 133) :... sicut pater vester accipere debuerat, si nobis in hoc seculo superstes fuisset, ita et vos post obitum nostrum ad integrum accipere debeatis.

(3) Marculfe, II, 10 (Roz. 132) : vos contra abunculos vestros, filios meus, prefato portione recipere faciatis. — Sal. Lind. 12 (Roz. 133). — Tur. 22 (Roz. 131) : vos cum avunculis vestris succedere faciatis.

du peuple. On subit l'influence de la loi romaine (1), qui consacre le partage par souches entre tous les descendants, et qui proclame l'égalité successorale des enfants des deux sexes (2). On invoque aussi et surtout la force des liens du sang (3), que Dieu même a créés : c'est sa Providence qui laisse aux grands parents les petits-enfants pour les consoler de la mort d'un fils prédécédé (4) : sur ces jeunes êtres se reporte légitimement l'affection dont on entourait le défunt : ils doivent jouir des mêmes droits que lui. C'est Dieu encore qui donne au père à la fois des fils et des filles, pour les chérir tous d'une égale tendresse (5) ; la coutume antique est impie (6), lorsqu'elle exclut celles-ci au profit de ceux-là : il

(1) Une de nos formules (Tur. 22. — Roz. 131) commence par se référer à la *Lex Romana*.

(2) Il faut prendre garde cependant que l'organisation de la famille romaine et la subordination du droit successoral des descendants à la *patria potestas* entraînaient l'exclusion des enfants d'une fille prédécédée qui auraient prétendu à l'hérédité de l'aïeul maternel en concours avec leurs oncles. A l'égard de ces petits-enfants par les femmes, il ne pouvait pas être question de représentation. Ce résultat ne fut corrigé que par une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, reproduite au Bréviaire (C. Th. V, 1, c. 4) Encore n'accordait-elle pas à ces descendants du second degré en ligne féminine une part égale à celle qui eût été attribuée à leur mère.

(3) Pensans consanguinitatis causa, Marc. II, 10 (Roz. 132) ; Tur. 22 (Roz. 131) ; Sal. Mark. 24 (Roz. 134).

(4) Sal. Lind. 12 (Roz. 133) : genitor vester, filius siquidem noster, nomine ille, de hac luce visus est ante nos discessisse, sed nos Dei omnipotentis providentia reservavit, ut ei superestites fuerimus.

(5) Marc. II, 12 (Roz. 136) : sicut mihi a Deo æquales donati estis filii, ita et a me setis æqualiter diligendi et de res meas post meum discessum æqualiter gratuletis. Ideoque per hanc epistolam te, dulcissima filia mea, contra germanos tuos, etc ..

(6) Marc. II, 12 (Roz. 136) Diuturna, sed impia inter nos consuetudo tenetur, ut de terra paterna sorores cum fratribus porcionem non habeant.

.: .aritable, plus chrétienne.
. :·· ainsi lentement les âmes
· sentiments intimes, dissout
..oppe les germes tendres et
. . .iculte s.
. .es par les individus à la ri-
... . .ies prenaient presque l'allure
· ...issait d'éluder une incapacité
· affranchis barbares n'avaient
.. . ils ne pouvaient rien trans-
·tais ils imaginaient des procédés
..... leurs biens à leurs enfants, et
. . .aine de la confiscation (1).

. .. .nperatorium de rebus suis post percep-
... ... Zeumer, form. imp. 38, p. 315 (Roz. 121).

CHAPITRE II

TECHNIQUE JURIDIQUE DES ACTES INTUITU MORTIS

Quel que fût le mobile qui décidât un barbare à disposer de ses biens en vue du temps où il ne serait plus, toujours ses intentions se heurtaient au même obstacle : le droit germanique n'avait jamais comporté l'acte à cause de mort proprement dit, et il se refusait à l'admettre. Les individus désiraient régler d'avance l'attribution de leurs biens pour le moment qui suivrait leur mort, et précisément les traditions nationales étaient incompatibles avec ces volitions posthumes. De là l'invention de procédés très divers, qui tous tendaient à éluder l'antique principe du *nullum testamentum*. On n'en faisait pas table rase, mais on s'ingéniait à en paralyser les effets. La variété même des expédients qu'on fut obligé de mettre en œuvre montre quelle résistance le droit germanique opposait à la pénétration d'idées romaines qui contrariaient une de ses tendances essentielles.

I

Intervention du prince.

Le procédé le plus simple et le plus parfait consistait à s'adresser directement au prince, en lui demandant de

faire fléchir dans une espèce donnée la sévérité des règles légales. L'Empire romain avait connu ces *rescrits* semi-législatifs et semi-exécutifs; une constitution maintenue au Bréviaire en restreignit la portée et défendit de violer par ce moyen le droit existant (1). De même Clotaire II interdit dans l'Empire franc ces dérogations par voie d'autorité au système successoral (2) : la loi doit être suivie, et les juges n'ont pas à tenir compte des prescriptions contraires extorquées à la chancellerie. Mais la prohibition même de pareilles pratiques semble indiquer qu'elles étaient antérieurement assez fréquentes. On en conçoit la double application. Le plus souvent, sans doute, l'ordonnance royale intervenait après la mort du *de cujus*, à la requête de parents légalement exclus, qui demandaient à concourir avec les héritiers appelés ou même à les primer. Mais il était possible aussi qu'en prévision de son décès une personne sollicitât d'avance la délivrance d'un diplôme qui réglât la dévolution de sa fortune. C'est ce que nous voyons, par exemple, sous les premiers Carolingiens. L'empereur, par un *præceptum* individuel (3), confère à un affranchi le privilège de laisser à ses enfants ses

(1) C. Th. I, 2, c. 1 (Constantin) : Contra jus rescripta non valeant, quocumque modo fuerint impetrata. Quod enim publica [illegible] magis sequi judices debent. — Interpr. : Quæcumque contra leges a principibus fuerint obtenta, non valeant.

(2) Chlotarii II præceptio (584-628) ; c. 2 (Bor., t. I, p. 18) : In parentum successionibus quicquid legebus discernentur, observetur; omnibus contra inpetrandi alequid licentia derogata : quæ [illegible] impetrata fuerit vel obtenta, a judicibus repu[illegible] habeatur et vacua. — Cf. du même prince, édit de [illegible] t. I, p. 21) : Cuicumque defunctu, si intestatus [illegible] absque contrarietate judicum in ejus facul[illegible] succedant.

(3) [illegible] *imperatorium* signalé plus haut (p. 189, [illegible] par Louis le Débonnaire à un affranchi de son [illegible] *Albricus actor*.

biens en mourant, contrairement au principe qui les attribuait au fisc. Ce fait donne à penser que les récriminations de Clotaire contre des mesures qu'il considérait comme abusives n'avaient trouvé qu'un très faible écho auprès de ses successeurs. Il faut noter cependant que la situation des affranchis se présentait avec des caractères particuliers : appeler leurs descendants à recueillir leur succession, c'était simplement écarter le Trésor. Le prince, en délivrant ces *præcepta*, ne faisait tort qu'à lui-même : il consentait une sorte de renonciation à une succession future (1).

II

Donations diversement modifiées.

Le recours à l'autorité royale n'était pas à la portée de tout le monde : la chancellerie consentait, sur la demande des grands, à des complaisances qu'elle eût peut-être refusées aux humbles; en tous cas, la distance, la dépense, une série d'impossibilités matérielles, empêchaient la plupart des sujets francs de solliciter l'intervention du pouvoir suprême pour le règlement de leurs affaires privées. C'était sous leur responsabilité et au moyen d'actes normalement admis qu'ils devaient assurer aux bénéficiaires de leur choix les avantages qu'ils entendaient leur conférer.

Un premier procédé ne souffrait aucune difficulté : il

(1) L'histoire de ces interventions royales est très clairement exposée par M. Glasson, *l. c.*, t. III, p. 176. L'édit de 560 auquel il est fait allusion est la *præceptio* de Clotaire que nous avons citée : la date de 560 était indiquée par Pertz (Legum. t. I, p. 2), mais Boretius place le document plus tard, entre 584 et 628.

faire fléchir dans une espèce donnée la sévé
légales. L'Empire romain avait connu ces
législatifs et semi-exécutifs; une constitu
au Bréviaire en restreignit la portée et d
par ce moyen le droit existant (1). De
interdit dans l'Empire franc ces dérogati
torité au système successoral (2) : la l
et les juges n'ont pas à tenir compte
contraires extorquées à la chancelle
tion même de pareilles pratiques sem
étaient antérieurement assez fréque
une double application. Le plus sou
donnance royale intervenait après
la requête de parents légalement
à concourir avec les héritiers ap
mer. Mais il était possible auss
décès une personne sollicitât d
diplôme qui réglât la dévolutio
que nous voyons, par exemple
giens : l'empereur, par un *pr*
fère à un affranchi le privilè

... les
... d'actes
... étude au
... inutile et
... parce que le
... pour le véri-
... textes anciens;
... quel point l'usage
... dans tous les
... faudrait emprunter
... tous les cartulaires,
... exemple, et en quelque
... deux documents, qui
... cette étude, parce que
... plus exactement réalisée
... la charte par laquelle
... l'incertitude du jour de
... de ses fautes », donne
... Willibrodus (1); — la
... famille, pour établir la re-
... à sa fortune les petits-fils
... transférer immédiatement les
... père (2).

(1) C. Th. I, 2, c. 1 (Constan... leant, quocumque modo fueri... jura praescribunt, magis sequ... cumque contra leges a princi...

(2) Chlotarii II praeceptio ... tam ergo subcessionibus ... ventur, omnibus contra inp... si quolibet ordine inpetrat... data inanis habeatur et ... c. 6 Bor., t. I, p. 2... decesserit, propinqui ... tatem juxta legem suc...

(3) C'est le *praecept*... ... 5, délivré par Lo... ... *fidelis noster* A...

... esse est ut quisque pro incerto ... quid ad Dei partem committat, ... suorum percipiat. Idcirco, etc. ... 274 Roy. 183.

est certain que par donation entre-vifs ord
vait transférer au gratifié un droit absol
L'opération n'était que trop efficace, car e
la part du *tradens* un sacrifice immédiat
pendant, il arrivait souvent qu'on ne rec
ce moyen radical et héroïque. Bien des l
inspirées par le désir des récompenses é
dispositions de famille dictées par un
tion pour un enfant, ont été réalisées
dont les effets se produisaient dans tou
préjudice du disposant lui-même. Il es
impossible d'en rapporter la preuve :
fait est universellement connu, et qu
lier de jeter les yeux sur une collect
impossible, parce que, pour montre
de ces donations entre-vifs était r
lieux et pendant plusieurs siècles.
des citations à tous les polyptique
à tous les chroniqueurs. A titre d'
sorte d'illustration, nous citero
s'encadrent plus naturellement d
l'intention de leur auteur se fût
au moyen d'un acte *mortis cau*
le comte Angelbert, « considér
la mort et voulant obtenir le p
d'importants domaines à l'évê
formule qui permet au chef d
présentation et faire partici
d'un très prédécédé, de leur
biens qui seraient échus à l

[illegible] ix. au
Langue-
[illegible] comi-
[illegible] am. etc...
[illegible] Sancti Mar-
[illegible] presenti reci
[illegible] res.

...rs ...ntiques à eux-
... à durer plus ou
... que s'était ré-
... pendant le temps
... cette forme que
... disposition testa-
... *tradens* imposât à
... t de jouissance au
... rait (2) : ou que les
... d'accord pour en sti-
... survivant des deux (3).
... ou les enfants (5) du dis-

...profit du donateur seul, pen-
... n° 59. t. I. p. 68 (donation de
... p. 72 (811). — Cart. de Redon.
... 158 (862) ; — n° 233. p. 180

... la femme survivante : donation
... Preuves. n° 63. col. 145).
... au profit du survivant de deux
... *Hist. du Languedoc*, t. II. Preuves.
... *Textes*, n° 75.
... père attribué à un frère ; donation
... t. II, Preuves, n° 63. col. 145) : Alias
... vimus in ipso comitatu teneat ger-
... pus ad usandum dum vivit : post obi-
... cto Theodorito vel ejus servientes sine
... — Cart. de Redon, n° 149, p. 114

... maintenu au profit des enfants : Thé-
... 64. — Dans un acte de 790 (Tardif, *Car-*
... 69), le disposant réserve le droit de jouis-
... il donne, pour lui d'abord, et s'il se marie,
... enfants. — Au cartulaire de Redon, nous
... un droit de jouissance stipulé au profit des
... (n° 140, p. 106 : 867 ; — n° 145, p. 111 : 867) ou
... parents *usque in finem seculi* (n° 219, p. 169 :
... conféré au monastère gratifié se réduit alors
... la perception du cens convenu, et à la chance de
... teindre un jour.

posant devaient rester comme lui-même en possession du bien jusqu'à la mort. On arrivait ainsi à créer une sorte d'usufruit reposant sur plusieurs têtes, et dont les divers titulaires devaient profiter les uns à la suite des autres, à mesure que disparaissaient les premiers en rang. D'autre part, la portée juridique du droit que gardait l'aliénateur était également susceptible de se modifier suivant les cas. Bien souvent, les rapports du *tradens* et de l'*accipiens* ne sortaient pas du domaine des purs droits réels: l'un ne devait à l'autre aucune prestation. Mais fréquemment aussi, surtout vers la fin de l'époque franke, le donateur s'obligeait à payer au donataire une redevance annuelle, un cens, pour reconnaître le droit de propriété qu'il lui avait concédé (1). La présence ou l'absence d'un cens correspondent-elles à une différence profonde de situation ? Il est évident que le payement d'un cens indique une infériorité du droit de celui qui en est tenu. Mais, selon Beseler, la proposition inverse ne serait pas forcément vraie : en certains cas aucun cens ne serait stipulé, et cependant le *tradens* serait réduit à un droit de jouissance, tandis qu'une véritable propriété serait passée à l'*accipiens* (2). A cette situation, Beseler oppose la propriété en commun, *Gesammteigenthum* : les deux intéressés ont part au droit fondamental de propriété, mais l'un des deux est exclusivement titulaire de l'usufruit (3). Au contraire, d'après Heusler (4), la propriété appartient

(1) Thévenin, *Textes*, n° 113 : ea videlicet racione, ut easdem res ad me recipiens censum unius denarii inde persolvam ad ecclesiam sancti Martini. — *Adde* nos 54, 75, 83 ; — Cart. de St Bertin, donation de 811, p 72 ; — *Hist. du Languedoc*, donation de 838-840 ; t. II, *Preuves*, n° 96, col. 209. — Cf. Beseler, *Die Lehre der Erbrerträge*, t. I, p. 81, 72, notes 2 et 3 ; Glasson, *l. c.*, t. III, p. 185 ; Heusler, *l. c.*, t. II, p. 119 et 120.

(2) Beseler, *l. c.*, t. I, p. 71.

(3) Beseler, *l. c.*, t. I, p. 89.

(4) *L. c.*, t. II, p. 26 et 120.

toujours à l'*accipiens*, et en même temps le cens est un signe d'une importance capitale au point de vue de la saisine, *Gewere*. Si le donateur ne s'est pas assujetti à fournir cette prestation, c'est qu'il a voulu garder la saisine. A-t-il au contraire promis cette redevance recognitive ? Il a entendu transmettre au bénéficiaire la saisine avec la propriété : il ne continue de rester sur le bien qu'à titre d'administrateur et au nom du donataire. Nous n'avons pas à rechercher ici la valeur de ces doctrines pour en entreprendre l'examen critique : il faudrait étudier dans son essence même le régime de la propriété foncière germanique et des transmissions immobilières : ce serait dépasser de beaucoup le cadre d'une monographie du testament. Dans cette revue des contrefaçons barbares de l'acte *mortis causa* romain, il nous suffira de remarquer que plus fort est le droit restant au donateur, plus grande est l'analogie de son acte avec le testament. C'est lorsqu'il s'est réservé une situation indépendante, lorsqu'il ne paye aucune redevance, qu'il imite de plus près les Gallo-Romains et leurs dispositions de dernière volonté.

Des procédés identiques s'appliquent aux affranchissements, et servent à en retarder l'effet jusqu'à la mort du *manumissor*. Le maître appelle son esclave à la liberté : *hic et nunc* il lui donne un statut nouveau ; mais il se réserve à lui-même pour tout le temps de sa vie les mêmes droits que par le passé, et il paralyse ainsi temporairement l'action de la personnalité qu'il vient de faire naître (1).

(1) Marculfe, II, 33 (Zeumer, p. 95 ; Roz. 99) : ... te ab omni vinculum servitutis absolvo, ea tamen conditioneum, ut, dum advixero, mihi deservies, post obitum vero meum, si mihi superstes fueris, sis ingenuus... — *Adde* Andec. 23 (Zeumer, p. 11 ; — Roz. 98).

Il n'est pas rare de voir ces donations ou ces affranchissements confirmés dans une charte postérieure par celui-même qui en a pris l'initiative (1). De pareilles confirmations sont en théorie des superfétations, qui n'ajoutent rien au droit primitivement conféré ; mais elles sont répétées trop fréquemment et avec trop d'insistance, pour ne pas répondre à un besoin réellement senti. A ces époques troublées et violentes, on avait toujours lieu de craindre des accidents ou des vengeances qui fissent disparaître les titres de propriété (2) : il n'était pas mauvais, en les multipliant, de diminuer les chances de perte irréparable. Puis il fallait prévoir les contestations des héritiers, ou les entreprises de voisins

(1) Voir testament de Bertran (615) ; Pardessus, t. I, p. 198, 202, [illegible]. — Testament du fils d'Idda (vers 690) ; Tardif. *Cartons des rois*, n° 26, p. 21. — Cart. de Redon, acte de 875, n° 243, p. 194. — Le testament d'Adèle, en 732 (Pardessus, t. II, p. 364), a pour but principal, sinon exclusif, de rappeler des donations antérieures : faciendum denique nobis visum est, ut has vitæ degendæ necessarias opes, quas de propriis hactenus largitæ sumus, testamenti etiam præsenti pagina confirmaremus. — Le testament de Widerad, de 721, (Pardessus, t. II, p. 323) contient une clause qui semble d'abord étrange, mais qui s'explique aisément si on y voit une allusion à une libéralité antérieurement consentie et déjà parfaite : præterea donamus donatumque in perpetuo esse volumus ad jam dictum monasterium S. Præjecti Flaviniacensis, etc. ... ista omnia quæ superius nominavimus... totum et ad integrum, cum omne superposito, *a die præsente*, in honore Jesu Christi Domini nostri et sancti Præjecti martyris, Magoaldo abbati monaschisque suis *tradidimus ad possidendum*... — Le testament de Burgundofara (Pardessus, t. II, p. 15) se réfère également à des donations préalables que la testatrice entend confirmer. Mais l'éditeur (Pardessus, *Prolégomènes* p. 55 ; — t. II, p. 17, note 1) soupçonne le prétendu original sur lequel Labbe a [illegible] ce document de n'être pas authentique, et l'acte présente des particularités suffisamment étranges pour le faire considérer comme apocryphe. Voir *infra*.

(2) Voir le document cité, *supra*, p. 183, note 3.

puissants, brigands de haut étage toujours attentifs à guetter les biens sans maître, habiles à les découvrir et empressés à s'en emparer. En répétant plusieurs fois la même libéralité, on enlevait tout prétexte aux mauvaises chicanes, on rendait plus manifeste le crime de ceux qui auraient tenté de la méconnaître, on les exposait plus immédiatement à la colère divine.

Parfois, les donateurs se montraient plus prudents encore, et ils assuraient directement à leurs dispositions la protection royale. On priait le roi de garantir l'exécution sous réserve d'usufruit qu'on voulait consentir. Une formule de Marculfe (1) nous en fournit un exemple. Le procédé juridique qui sert à obtenir le résultat cherché est assez curieux (2). Le *tradens* fait passer au roi, par le jet de la *festuca*, la propriété des biens dont il désire gratifier tel individu. Puis le roi procède à une double concession : il remet ces biens au propriétaire primitif à titre de bénéfice ou d'usufruit, et d'autre part il transfère au destinaire qu'on lui a désigné la pleine propriété, pour produire effet après la mort du détenteur actuel. Les parties espèrent ainsi se mettre à l'abri des spoliations judiciaires ou à main armée; car « tout ce qui se fait en notre présence, dit le roi, tout ce qui est transféré par notre

(1) Marc. 1, 13; Zeumer, p. 51 (Roz. 216).

(2) Beseler considère la formule comme relative à une affatomie (*l. c.*, t. I, pp. 101 et 106). Et en effet les solennités décrites se rapprochent beaucoup de celles de l'affatomie salique (Heusler, *l. c.*, t. II, p. 627 et note 6; Zeumer, *Formulæ*, p. 51, note 1) : on constate de part et d'autre la présence d'un intermédiaire et la transmission d'un droit réel par le jet de la *festuca* dans le sein de l'*accipiens*. Mais pour classer l'acte, c'est le fond du droit qu'il faut considérer: or le résultat de l'opération est d'attribuer au donateur l'usufruit, au donataire la propriété, non pas d'établir entre les parties le rapport créé par l'affatomie.

main, restera dans l'avenir inattaquable et incommutable : ainsi nous le voulons, ainsi nous l'ordonnons » (1).

III

Déviations de l'affatomie.

A côté de ces donations de biens particuliers, le vieux droit franc connaissait l'affatomie, qui pouvait porter sur le patrimoine entier. Cette institution a continué d'être pratiquée sous les Mérovingiens, tout en subissant lentement quelques modifications. Au point de vue des formes, tandis que la loi salique exigeait l'intermédiaire d'un salmann et un ensemble de cérémonies minutieusement réglées, la loi ripuaire se contente d'un appareil moins compliqué : il suffit d'une *traditio* ou de la remise d'un écrit en présence du roi et de témoins (2). Ces procédés sont les seuls dont nous constations l'emploi dans les documents de la pratique; encore tendent-ils constamment vers une simplicité de plus en plus simple. Une seule formule, due à Marculfe (3), se conforme exactement aux prescriptions de la loi ripuaire et suppose l'intervention royale. Une autre (4) mentionne la comparution des parties du mâl, devant le comte et les rachimbourgs, mais d'ordinaire tout se borne à une tradition (5), surtout à la rédaction d'un

(1) « Quicquid enim in praesentiam nostram agetur vel per manu nostra videtur esse transvulsum, volumus et jobemus, ut maneat in posterum robustissimo jure firmissimo. »

(2) Voir *supra*, p. 149, note 2.

(3) Marc. I. 12 (Zeumer, p. 50 ; Roz., 253).

(4) Zeumer, Sal. Merk. 16 : p. 247 (Roz. 252).

(5) Greg. Tur. *Hist. Franc.*, V, 17 (Mon. Germ. SS. R. M., t. I. p. 208) : cunctum ei regnum tradidit. — Cap. ajouté en 803 à la loi Ripuaire, c. 6 (Boretius, p. 118) : Qui filios non habuerit et alium

écrit (1). On oublie même de mentionner les témoins, et probablement aussi de les réunir (2). En tous cas, aucun acte concret, aucune formule, ne se réfère à la procédure archaïque de la loi salique. Cependant, la *Lex emendata* (3) en décrit encore le détail, et un capitulaire ajouté à la *Lex* en 819 (4) ordonne de s'en tenir aux antiques usages. Il est probable que la routine seule faisait maintenir dans la législation un cérémonial démodé, que la pratique ne connaissait plus. Le capitulaire de 819 le donne lui-même à supposer, lorsqu'il définit l'affatomie par le mot *traditio* : *de affatomie dixerunt quod traditio fuisset*.

Dire que l'affatomie est une tradition, ce n'est pas seulement indiquer quelle forme la réalise; c'est aussi révéler quel résultat elle procure : l'affatomie opère une transmission de droits réels. Par ailleurs, un autre texte nous apprend qu'elle a pour but de créer un héritier (5).

quemlibet hæredem sibi facere voluerit, coram rege vel coram comite et scabineis vel missis dominicis, qui tunc ad justitias faciendas in provinciam fuerint ordinati, traditionem faciat. — Præceptum imperatorium (Zeumer, Form. imper. 38, p. 315; Roz. 121) : tradere, disponere, ordinare.

(1) Zeumer, Sal. Merk. 24, p. 250 (Roz. 134) : ... per hanc affatimum..... in hanc affatimum conscribere rogavimus..... Le mot *affatimum* désigne l'écrit lui même qui réalise l'affatomie. — Sal. Merk. 25, p. 251 (Roz. 168) : item affatimum. — Zeumer : Sal. Lind. 13, p. 275 (Roz. 251) : il semble qu'on recoure simultanément à une tradition effective et à la rédaction d'un écrit.

(2) Voir la formule précédente (Roz. 251).

(3) XLVIII; Pardessus, p. 309.

(4) Capitula Legi Salicæ addita (819), c. 10 (Bor., t. I, p. 293). De affatomie dixerunt quod traditio fuisset. De hoc capitulo judicatum est, ut, sicut per longam consuetutidem antecessores eorum facientes habuerunt, ita et omnes qui lege Salica vivunt inantea habeant et faciant.

(5) C'est le capitulaire ajouté en 803 à la loi Ripuaire, t. VIII. Voir *supra*, p. 204, note 5.

M. Heusler (1) déclare ces deux affirmations contradictoires; leur coexistence ne peut s'expliquer, d'après lui, que par une transformation de la conception de l'affatomie. Mais il donne au mot *heres* un sens romain que les Barbares n'y attachaient pas; l'*heres* n'apparaît pas comme un successeur universel. Nous avons déjà remarqué (2) qu'au début le côté passif de la transmission héréditaire passait inaperçu; l'*heres* est celui qui recueille les propriétés du défunt. Avec le temps, cette signification ne fait que s'affermir (3). On parle de l'*heres* d'un bien, et on désigne ainsi le propriétaire futur (4). Créer un héritier, c'est donc transférer un droit réel; l'affatomie ne peut pas faire l'un sans l'autre, et elle fait l'un et l'autre : telle était originairement la vérité, telle elle reste dans l'Empire franc, et les exemples d'affatomie qui nous ont été conservés répondent à cette conception (5). Placé à ce

(1) *L. c.*, t. II. p. 628.
(2) Voir *supra*, p. 160, note 3.
(3) Voir Beseler, *l. c.*, t. I, p. 16.
(4) Testament de saint Rodulfe (860) : *Cart. de Beaulieu*, n° 1, p. 2 : nobis heredem ex rebus proprietatis nostræ eligimus, quæ sunt in pago Limovicino. — Autre testament de saint Rodulfe (856) *Cart. de Beaulieu*, n° 16, p. 37 : mihi hæredem de quibusdam proprietatis meæ de rebus eligo, quæ sunt in pago Caturcino.
(5) Le roi Gontran, d'après Grégoire de Tours *Hist. Fr.*, V. 17. (SS. R. M. t. I, p. 208), adopte Childebert comme fils en lui faisant tradition de son royaume. — La formule Sal. Merk. 24 (Zeumer, p. 250 ; Roz. 134) a pour but d'établir la représentation ; les petits-fils sont élevés au rang de leur père, et on leur donne les droits de celui-ci : dabo vobis per hanc affatimum omni pro portione in loco nunccupante illo, in pago illo, in centena illa ; hoc est in jam dicto loco tam terris, domibus et cetera, quicquid in jam dicto loco genitor vester filios meos illos et illos dividere et exsequare deberet, vos quoque, nepotes mei, per hanc affatimum post obitus mei dividere et exequare faciatis. — Les *epistolæ adfatimae* échangées entre époux, que Zeumer rapporte parmi les formules Sal. Lind. n° 13, p. 275 (Roz. 251), tendent à suppléer à

point de vue, il devient sans importance de savoir si l'acte porte sur l'avoir total du donateur ou seulement sur des *res singulæ*, et la loi salique permet en effet de faire affatomie de tout ou partie de sa fortune (1); il est vrai que l'expression semble se référer à une disposition à titre universel plutôt qu'à titre particulier : mais si des biens corporels sont seuls en cause, il n'y a plus qu'un intérêt secondaire à les considérer comme une quote-part du patrimoine ou comme des individualités distinctes.

Il ne semble donc pas que l'objet de l'affatomie se soit essentiellement modifié, ni que les fluctuations de la pratique sous ce rapport aient correspondu à une transformation profonde. Mais, d'autre part, le droit réel conféré au bénéficiaire apparaît quelquefois comme dévié de ses voies primitives. L'affatomie originelle donnait à l'*accipiens* la place d'un fils; il recevait un droit qui sommeillait tant que vivait le disposant, et qui, à sa mort, entrait en pleine activité à titre de propriété parfaite. La majorité des formules frankes se prête encore à la même analyse. Mais entre époux la loi ripuaire avait atténué les effets de l'affatomie : le survivant des deux conjoints n'obtenait qu'un droit viager de jouissance; les aliénations lui étaient interdites, si ce n'est en cas de nécessité ou pour cause pie (2). Deux formules (3), qui nous sont parve-

l'absence de vocation héréditaire (eo quod inter eos agnatio minime esse cerneretur), et elles opèrent la donation immédiate d'un droit dont les pleins effets ne se développeront qu'au décès du prémourant. — Enfin d'après le *præceptum imperatorium* (Form. imp. 38; Roz. 121), c'est par une *traditio* que les affranchis donnent à leurs enfants la situation d'héritiers.

(1) XLVI... de furtuna sua quantum voluerit aut totam furtunam suam... (Behrend 2e éd., p. 96.)

(2) Voir *supra*, p. 149 et note 2.

(3) Marc. I, 12 (Zeumer, p. 50; Roz. 253). — Zeumer, Sal. Merk. 16, p. 247 (Roy. 252).

nues, mettent en œuvre assez exactement la réglementation ripuaire. Un autre texte, au contraire, exagère les effets de l'opération : le n° 25 des *formulæ Salicæ Merkelianæ* (1), intitulé *Affitimum*, est une donation entre-vifs. Cette extension de la notion première s'explique si l'on remarque que la formule a pour objet de suppléer, en faveur des petits-enfants, au défaut de représentation. Or elle en suit immédiatement une autre qui se propose le même but et qui le réalise par affatomie. Le rédacteur a été frappé de l'identité de motifs et de résultats : *item*, écrit-il en tête de la rubrique ; et sans prendre garde aux différences juridiques, il attribue aux deux actes une dénomination qui rigoureusement ne conviendrait qu'à l'un d'eux.

Les conditions requises pour réaliser une affatomie sont également interprétées avec une tolérance de jour en jour croissante. La loi ripuaire, élargissant peut-être une règle antérieurement plus stricte (2), ne permettait l'affatomie qu'aux personnes sans enfants, et le capitulaire ajouté en 803 maintient la même rigueur. Parmi les formules d'affatomie entre époux, la plus ancienne, celle de Marculfe (3), mentionne encore l'absence d'enfants ; mais les deux autres (4), d'une date postérieure, sont muettes sur ce point : il semble donc que deux conjoints auraient pu les utiliser, alors même que des fils ou des filles, nés de leur union, fussent encore vivants. Les formules proposées pour établir la représentation supposent nécessairement l'existence d'enfants ; la dérogation aux prescrip-

(1) Zeumer, p. 251 (Roz. 168). Item afütimum.
(2) Voir Heusler, *l. c.*, t. II, p. 622.
(3) Marc I, 12 (Zeumer, p. 50, Roz. 253) : pro eo quod filiorum procreationem inter se minime habere videntur.
(4) Zeumer, Sal. Merk. 16, p. 247 (Roz. 252). — Sal. Lind. 13, p. 275 (Roz. 251).

tions de la loi est cette fois certaine, mais on en comprend aisément la possibilité : les bénéficiaires de l'acte sont les descendants du second degré, l'opération n'a donc pas pour conséquence de soustraire les biens à la famille. On ne porte pas atteinte au droit des proches ; on se contente de déterminer d'une façon nouvelle le cercle des parents appelés à exercer les prérogatives de la famille. Cet assouplissement des règles traditionnelles se conçoit sans peine, à une époque où le droit perd toute rigidité législative, pour n'être plus dirigé que par la seule coutume.

En résumé, l'affatomie pendant la période franke ne subit aucun changement essentiel. Seulement dans la forme elle tend à se réaliser par simple tradition, et au fond le droit de l'*accipiens* devient de plus en plus consistant et efficace. L'affatomie se rapproche ainsi des donations sous réserve d'un droit de jouissance, qui grandissent, se multiplient, et finissent par l'absorber. Au IXe siècle, le mot *affatomie* n'est plus guère usité, s'il n'a pas complètement disparu. Le *præceptum imperatorium* ne l'emploie plus ; c'est du seul verbe *tradere* qu'il fait usage, et ce terme pourrait convenir aux donations *post obitum* qui se développent, aussi bien qu'à l'*affatomie* qui se meurt (1).

IV

Donations par Salmann.

Tandis que le personnage fiduciaire de l'affatomie avait

(1) Les nouveaux éditeurs de Du Cange en notent l'usage (v° *adfatomare*) dans un document de 1196 : Albertus frater noster ex Wittemone animæ suæ symbolum luminis perpetuum S. Vito adfatomavit ; ideo beneficium hoc ei fecimus, ut aliquando in cucullo jaceret. Mais on peut douter que le terme soit pris ici au sens technique.

disparu d'assez bonne heure, et que l'affatomie elle-même avait perdu son existence distincte avant la fin du VIII[e] siècle, les dernières années de ce même siècle voyaient la réapparition des intermédiaires dans les transmissions de droits réels (1), et la création d'une nouvelle forme de donations en vue de la mort (2). Le disposant confie le bien à un tiers, qui doit, après le décès de son commettant, le remettre à son tour au bénéficiaire définitif. Le motif de cette complication se découvre de lui-même : on veut, par deux actes entre-vifs, remplacer un acte à cause de mort dont la coutume ne reconnait pas la validité.

Comme pour l'affatomie, les commentateurs du droit germanique donnent au fiduciaire des donations posthumes le nom de salmann, bien que ce terme ne soit employé par aucune charte avant le XII[e] siècle (3). D'ailleurs je ne crois pas qu'on le rencontre dans un seul document rédigé sur le sol français, et l'institution même qu'il désigne s'est surtout développée en pays allemand. Chez nous, elle s'est un instant confondue avec l'exécution testamentaire. C'est à cause de cette pénétration temporaire qu'elle nous intéresse ; à ce titre il nous importe de définir exactement ce qu'était le salmann germanique,

(1) Les auteurs allemands empruntent au IX[e] siècle les premiers exemples de donations par salmann. En France, nous avons à la fin du VIII[e] siècle le n° 50 des *Cart. Sen.* (Zeumer, p. 206 ; Roz. 391) qui appartient au même groupe d'actes, et que nous retrouverons à propos des exécuteurs testamentaires.

(2) Voir sur les salmanns : Beseler, *l. c.*, t. I, p. 261 et sq. — Stobbe, *Ueber die Salmannen*, dans *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* de Rudorf ; t. VII, 1868, p. 405 et sq. — Heusler, *l. c.*, t. I, p. 215 et sq.

(3) Beseler déclare (*l. c.*, t. I, p. 263, note 2) que la plus ancienne charte instituant un salmann date de 1108. — Cf. Stobbe, *l. c.*, p. 407, note 1.

du moins à l'origine, c'est-à-dire au temps où son influence s'est glissée dans notre droit.

M. Heusler applique ici la théorie générale que nous avons déjà rencontrée à propos de l'affatomie : le salmann est une sorte de tuteur, armé d'un droit réel qui lui permet d'étendre sa saisine sur le bien pour effectuer la transmission au bénéficiaire définitif, transmission qu'il s'est solennellement engagé à réaliser.

Le fait sur lequel il faut insister, à la suite de M. Heusler, c'est la remise au salmann d'un droit réel : voilà ce qui le caractérise et lui donne sa physionomie propre. Beseler ne paraît pas y avoir prêté une attention suffisante : et pourtant, si l'on parcourt la riche documentation qu'il a rassemblée, on voit cette circonstance nettement révélée par les chartes du IXe siècle. Le droit dont le salmann est investi et celui qu'il aliène ensuite ne sont qu'un seul et même droit. J'en trouve la preuve dans les formalités qui réalisent les deux actes ; elles sont identiques de part et d'autre. On fait tradition au fiduciaire ; il fait à son tour tradition : *tradidit*, tel est le terme unique employé pour les deux temps de l'opération. Il est inadmissible que cette expression, dans le même document, à une ligne de distance, réponde à deux idées différentes. Pour dissiper toute équivoque, certains textes répètent à plaisir le mot décisif : « Je fais tradition, dit le salmann, du bien dont on m'a fait tradition pour que j'en fasse tradition » (1). Il est de toute évidence que l'acte qui a conféré au salmann sa situation et ses droits est de même nature que celui qui donnera satisfaction au gratifié. Comme la tradition finale, adressée au destinataire, est sans contredit trans-

(1) Voir Beseler, *l. c.*, t. I, p. 278, note 2 : Ego... M. dono atque trado in elemosinam H. traditumque in perpetuum esse volo, quicquid ille adhuc vivens mihi tradidit ad tradendum ad monasterium.

lative de droit réel, il faut bien reconnaître que la première, adressée à l'intermédiaire, était douée de la même vertu. Nous la voyons même, au début du xe siècle, accomplie en présence du roi, dans des conditions de solennité qui en disent assez l'importance (1). Faut-il en conclure que le salmann était rendu pleinement propriétaire, comme le bénéficiaire ultime ? Les Romanistes n'auraient pas manqué de pousser la logique jusque là, et à propos des exécuteurs testamentaires français nous rencontrerons des applications de cette logique. Mais pour le salmann germanique la conséquence ne s'imposait nullement, et M. Heusler a eu le très grand mérite de le montrer. Rappelons-nous, en effet, ce qu'est la propriété barbare : on ne connaît qu'un droit réel unique ; mais il est susceptible de modalités variées. Ce que le salmann a reçu et ce qu'il transmet, c'est le droit à la saisine, de nature toujours égale. Seulement rien n'empêche les parties de donner à cette substance immuable une plasticité variable, selon qu'elle passe aux mains du salmann ou du gratifié.

Il fallait donc une tradition pour instituer un salmann, et cette formalité nécessaire était aussi suffisante. Si M. Heusler parle d'obligations rigoureusement contractées, il ne semble pas qu'il y ait eu là un usage général à l'origine (2). La restitution n'était pour le fiduciaire qu'un devoir de conscience, dont le droit positif n'avait pas organisé la sanction directe. C'est bien l'impression que laisse le *preceptum imperatorium* de 814-825 (3). Lorsque la

(1) Heusler, *l. c.*, t. I, p. 266 :... quarum rerum traditiones legitime in praesentia gloriosissimi Ludewici regis peractas deprecor et obtestor ipsum abbatem... ut nunquam alicui hominum inbeneficientur.

(2) Il n'y est fait allusion dans aucune des chartes du ixe siècle, que cite Heusler.

(3) Voir *supra*, p. 192, note 1.

mort devient imminente, les affranchis, qui ne peuvent plus assurer par d'autres moyens la dévolution de leur fortune à leurs fils, remettent leurs biens à des tiers pour que ceux-ci les passent ensuite à ces fils. Ils s'abandonnent à la bonne foi de leurs hommes de confiance : *illorum fidei commiserunt*. C'est l'expression romaine et aussi l'idée du fidéicommis primitif. A Rome, c'était la propriété quiritaire que recevait originairement le grevé : dans l'Empire franc, c'est le droit à la saisine germanique : il y a là deux formes d'une même notion, mais non pas deux concepts antithétiques. Il est si vrai que le salmann est investi de ce pouvoir de domination réelle qu'il lui suffit de ne pas opérer la restitution pour que toute la combinaison échoue. S'il s'abstient de rendre les biens et les revendique pour siens, comme lui ayant été légitimement conférés, sa perfidie aboutit à l'exhérédation des enfants; le *præceptum* constate la possibilité et la fréquence de ces abus (1). M. Heusler (2) objecte qu'il ne rentrait pas dans les intentions du *tradens* de se livrer ainsi pieds et poings liés à la discrétion de l'intermédiaire. Notre texte prouve, au contraire, qu'on se résignait aux dangers d'une pareille situation.

Le progrès de l'institution consista sans doute à diminuer les chances de malversations. On chercha à exercer une pression sur l'esprit des salmanns, pour les décider à une restitution, sinon spontanée, du moins volontaire. Les moyens de contrainte morale, c'était la crainte de la colère

(1) Sed solet aliquotiens ex quorundam cupiditate cognosci, ut res sue fidei commissas non ad filios defunctorum, sicut ipsi voluerunt, pervenire faciant, sed neque in elemosinam pro salute eorum vel tradant vel erogando distribuant, quin potius sibi velut legitime collatas in proprietatem perfidissima voluntate vindicare non dubitent.

(2) Heusler, *l. c.*, t. I, p. 218.

divine et du mépris des hommes. Les chartes vouent les salmanns infidèles à l'infamie en ce monde et aux peines éternelles en l'autre (1). Pour augmenter l'horreur de ces châtiments éventuels et l'appréhension salutaire qu'ils devaient leur inspirer, on leur demandait parfois de promettre sous serment d'être fidèles, en sorte que leur déloyauté se fût aggravée d'un parjure (2). Lorsqu'ils tardaient à s'acquitter de leur mission, la personne gratifiée les traduisait devant le juge : des témoins venaient jurer qu'ils étaient tenus d'une restitution, et l'iniquité de leur conduite était ainsi publiquement manifestée (3). Le salmann récalcitrant devait le plus souvent reculer devant l'infamie, et finalement rendre les biens qu'il avait tenté de garder. Peut-être une résistance trop prolongée l'exposait-elle à une poursuite délictuelle et à une condamnation pénale ; mais il n'apparaît pas encore qu'on ait eu le moyen de lui enlever un droit réel qu'il se serait obstiné à conserver. Il fallait qu'il consentît, librement ou forcément, à exécuter le mandat qu'on lui avait confié. De même, à Rome, l'aliénateur sous réserve de fiducie (4) était primitivement livré à la discrétion de son partenaire (5) ; celui-ci n'était tenu à restitution que par la loi

(1) Beseler, *l. c.*, t. I, p. 282 (charte de restitution souscrite par un salmann en 837) : Quicumque hominum pro amico suo aliquid spoponderit, et in suam fidem acceperit, in quacumque sit re, justum et congrum reor fore, hoc perficiendo explere, si apud homines infamiam et coram Deo vult periculum declinare. Quam ergo infamiam apud homines et hoc periculum coram summo Deo ego Th. cupiens devitare, trado, etc...

(2) Charte de 910 (Beseler, t. I, p. 266) : + Signum G. et C. comitum, qui easdem traditiones rerum fideli manu susceperunt et hoc coram rege juraverunt, ut eas sancto Bonifatio martiri fideliter delegarent et praecepto regio confirmarent.

(3) Voir Beseler, *l. c.*, t. I, p. 283. Il mentionne entre autres un document de 814 où le plaignant est l'évêque de Freisingen.

(4) L'analogie est invoquée par Beseler, t. I, 267.

(5) Cf. Girard, *Droit romain*, 2e éd., p. 510 et 511.

de sa conscience. L'usage des honnêtes gens l'y obligea plus tard. Par un dernier progrès, le *tradens* fut armé d'une sanction civile, pour triompher des résistances d'un *accipiens* de mauvaise foi (1).

V

Les Hereditoriæ.

Parmi les formules rédigées selon le droit des Barbares, il en est quelques-unes qui au premier abord présentent une analogie frappante avec le testament. De Rozière les a groupées sous la rubrique *hereditoriæ*; c'est le nom que quelques-unes d'entre elles se donnent elles-mêmes, et elles tendent en effet à remanier l'ordre successoral. Elles sont cependant juridiquement très différentes d'un véritable testament.

Toutes se ressemblent par la forme : ce sont des *epistolæ* adressées par le disposant aux gratifiés. Il est probable qu'il leur remettait l'écrit, et que cette tradition de l'*instrumentum* suffisait à consommer l'opération.

Ces *epistolæ* se répartissent en deux catégories : les unes ont pour but de rappeler à la succession du père une fille exclue par ses frères : les autres, d'établir la représentation au profit des petits-enfants d'un fils ou d'une fille prédécédé.

Les formules préparées au profit des filles sont d'une technique simple et nette (2). La plus ancienne, due à

(1) Cf. Cuq; *Institutions juridiques*, p. 645.

(2) Marc. II, 12; Zeumer, p. 83 (Roz. 136). — Zeumer, Cart. Sen. 42, p. 204 (Roz. 137). — Zeumer, Cart. Sen. 45, p. 205 (Roz. 135). — Zeumer, Sal. Merk, 23, p. 250 (Roz. 136 *bis*).

[illegible] : le père institue sa fille [illegible] qu'il laissera à son décès. [illegible] à celle de ses frères (1). [illegible] se sont certainement inspi- [illegible] et elles reproduisent la même [illegible] la fille reçoit une vocation héré- [illegible] ses frères. Nous nous garderons [illegible] comme on l'a déjà fait (3), que nos [illegible] testaments. Ce sont au con- [illegible] qui créent *hic et nunc* une [illegible] formules de Sens le déclarent [illegible] dernière phrase (4). Celle de Mar- [illegible] porte pas la même indication : mais [illegible] mentions finales aux textes qui l'en- [illegible] se réfèrent à des opérations in-

[illegible] *Histoire du droit français au Moyen* [illegible] est calquée sur une constitution de [illegible] Des deux côtés, en effet, l'inspiration [illegible] l'égalité entre les fils et les filles. [illegible] sentiments suffit-elle à prouver que [illegible]

[illegible] probante en ce sens. Mar- [illegible] paterna quam de comparatum [illegible] vel quodcumque morientes [illegible] filiis meis, germanis tuis, divi- [illegible] formule de Sens n° 12, répète : [illegible] quantumcumque de meum [illegible] meas in hereditate apud germa- [illegible] et æqualantia inter vos dividere [illegible] 15 reproduit exactement cette [illegible] de Merkel, ce n'est qu'une [illegible] du texte de Marculfe.

[illegible] Cf. p. 160.

[illegible] credo, si ego ipse aut aliquis de [illegible] opposita persona, qui contra hanc [illegible] ego plenissima voluntate mea [illegible] conaverit, etc...

[illegible]

commutables: elle participe donc à la même nature. Son style d'ailleurs le fait pressentir: et si les auteurs du recueil de Sens, en lui empruntant l'ensemble de ses dispositions, ont pu ajouter une clause formelle d'irrévocabilité, c'est que l'idée qu'ils exprimaient était implicitement contenue dans le document dont ils s'inspiraient. Quant à la formule de Merkel, elle est trop pareille à celle de Marculfe pour qu'on puisse la soupçonner d'en différer au point de vue de la portée juridique. Il s'agit dans nos quatre *epistolae* de créer une héritière, définitivement et sans repentir possible.

Le même procédé permet de faire monter les petits-enfants au rang successoral de leur père ou de leur mère prédécédé (1). On leur donne vocation, — et une vocation irrévocable (2), — pour la part exacte qui aurait dû échoir à leur auteur déjà mort. Il y a comme pour les filles une institution d'héritier par *epistola* entre-vifs (3). Mais tandis que toutes les formules dont le but est de rappeler les filles à la succession du père rentrent juridiquement dans la même classe, les formules qui établissent la représentation au profit des petits-enfants emploient des expédients variés. A côté de l'*hereditoria* de Marculfe, que nous venons de signaler, nous trouvons une donation entre-vifs (4), et un *affatimum* (5) dont nous nous sommes précédemment occupés. L'*affatimum* n'est pas essentiellement différent de l'*hereditoria*. Dans les deux

(1) Marc. II, 10, Zeumer, p. 81 (Roz. 132).

(2) Arg. des mots : sed presens epistola omni tempore firma permaneat, stipulatione subnexa. — *Adde* l'analogie de l'*affatimum* qui reproduit l'*hereditoria*.

(3) Et non point un testament, comme le dit M. Glasson, *l. c.* t. III, p. 167, 180.

(4) Zeumer, Sal. Lind., 12, p. 274 (Roz. 133).

(5) Zeumer, Sal. Merk, 24, p. 250 (Roz. 134). Voir *supra*, p. 206, note 5.

[illegible] d'héritier, et la formule [illegible] sur la formule d'*hereditoria*. [illegible] quelque peu, le fond est iden[illegible] ne peut relever que deux dis[illegible] précisément l'hypothèse d'une [illegible] D'après le plus ancien texte, celui [illegible] se conclut *per hanc epistolam:* [illegible] le second, en se confor[illegible] la grammaire qu'à la leçon du [illegible] d'après l'*epistola*, c'est leur [illegible] petits-enfants : le disposant, son [illegible] organise le rapport de cette dot ainsi [illegible] qui auraient pu sortir de son patri[illegible] directement ou indirectement à ses [illegible] dans l'*affatimum*, c'est le fils du [illegible] bénéficiaires, qui est mort : le passage [illegible] ne pouvait pas être maintenu, mais comme [illegible] laisser à la formule son ampleur primitive, au [illegible] supprimer purement et simplement, on en [illegible] mots importants, et on les assemble en une [illegible] maladroite qui proclame la solidité du droit [illegible] impose à tous le respect. On ne s'aperçoit [illegible] affirmations sont de pures redondances, [illegible] double emploi avec la clause finale qui avertit [illegible] les héritiers quelconques de ne pas s'élever [illegible] du grand-père. Cette dernière recom[illegible] parfaitement à sa place dans l'*hereditoria*, se [illegible] dans l'*affatimum*, à la suite d'une [illegible] qui la rend presque inutile (1).

(1) [illegible] la vérification des propositions affirmées au [illegible] de transcrire parallèlement la fin des deux for[illegible]

Un dernier moyen est encore employé pour établir la représentation : on se sert des partages d'ascendant à formes simples prévus par le Bréviaire d'Alarie (1). Mais, cette fois, l'acte cesse d'appartenir au droit germanique. Sans doute, il dut parfois être utilisé par des Barbares : mais il rentre par lui-même dans le cadre des institutions romaines, et c'est avec celles-ci qu'il convient de l'étudier. L'usage qu'ont pu en faire les Francs nous fournit un

Marc. II, 10 (Zeumer, p. 82 ; Roz. 132) :

Et dum ipsius filiae meae, genetricae vestrae, quando eam nuptum tradedi, in aliquid de rebus meis movilibus drappos et fabricaturas vel aliqua mancipia in soledos tantos tradedi, vos hoc in parte vestra supputare contra filiis meis faciatis ; et si amplius vobis insuper de presidio nostro obvenerit, tunc cum filiis meis, ab unculis vestris, porcionem vobis ex hoc debita recipiatis ; et quicquid exinde de omnia superius conscribta facire volueretis, liberam habeatis in omnibus potestatem.

Si quis vero, quod futurum esse non credimus, aliquis de heredibus vel proheredibus meis vel qualibet persona contra hanc epistolam venire temtaverit aut eam infrangere voluerit, inferat vobis tantum, et quod repetit nullatenus valeat vindicare, seb presens epistola omni tempore firma permaneat, stipulatione subnexa.

Sal. Merk. 24 (Zeumer, p. 250 Roz. 134) :

Illud etiam in hanc affatimum conscribere rogavimus, ut si fuerit aliquis de heredibus meis propinquos, avunculos vestros, venire aut de aliis heredibus vel quislibet in eorum causas, nulla calumnia nec repetitione generare non presumat, sed jure firmissimo in omnibus habeatis potestatem faciendi, tenendi, dandi, commutandi, vel quicquid exinde facere elegeritis, liberam in omnibus perfruatis potestas faciendi.

Sed si fuerit aliquis de heredibus meis, qui contra hanc affatimum venire aut refragare presumpserit, socio fisco, solidos tantos contra quem litem intulerit suis partibus multa componat, et ille qui repetit nihil vindicet, sed presens affatimus diuturnum tempore firmus et inviolatus valeat permanere ; quam manu propria subter firmavimus et bonis ominibus, viris magnificis, roborare decrevimus.

1 Zeumer, Tur. 22, p. 147 (Roz. 131).

premier exemple de la pénétration des inventions romaines dans la pratique des conquérants.

VI

Diffusion du testament parmi les Barbares.

Les Barbares ne se sont pas contentés de modifier certains de leurs usages selon les tendances romaines : ils ont adopté, dans une mesure plus ou moins complète, avec un empressement plus ou moins rapide, une partie des pratiques juridiques de leurs vaincus, sauf à les modifier parfois complètement et jusque dans les traits essentiels.

Nous avons dit déjà que le testament a été admis par quelques unes des *Leges* (1) : c'est le cas de la loi des Bavarois, de l'autre côté du Rhin ; c'est le cas de la loi Gombette, en deçà du fleuve. C'est aussi *a fortiori* celui de la loi des Wisigoths ; le code de Receswind est une compilation trop intimement romanisée pour n'avoir pas fait place aux actes à cause de mort tels qu'on les connaissait en Italie. Le testament était donc législativement autorisé, même pour les Barbares, dans des régions importantes de la Gaule. Mais fût-il accepté par la tribu dominatrice, par les Francs ?

Il importe d'abord, pour n'être pas la dupe des mots, de se fixer exactement sur le sens du terme *testamentum*. Nous savons que dans l'*interpretatio* du Bréviaire d'Alaric il conserve encore la portée antique que lui donnaient les jurisconsultes classiques, sous cette restriction toutefois qu'il ne s'applique qu'aux actes de dernière volonté ré-

(1) Voir *supra*, p. 135 et sq.

digés par écrit. Nous avons noté l'étrange déviation qui a donné à l'idée d'écriture une place dominante, exclusive, et qui fait de *testamentum* le synonyme de *instrumentum* (1) : c'est dans la loi ripuaire que nous avons constaté cette acception nouvelle ; on la retrouve aussi dans une formule de Tours (2). Est-ce à dire que la signication originelle ait été complètement oubliée par les sujets francs? Nullement : à côté de l'interprétation fantaisiste des Ripuaires, s'est maintenu le sens consacré par les rédacteurs du Bréviaire. Ce sens n'est pas resté cependant parfaitement identique à lui-même : il a évolué, mais lentement, comme tout élément d'une langue vivante, d'après une loi méthodique, en suivant les transformations du fond du droit. La notion exprimée par le mot *testamentum* est devenue plus large, plus flottante aussi, parce que les conceptions juridiques perdaient en précision ce qu'elles gagnaient en souplesse. L'idée qui persiste constamment, c'est qu'il s'agit d'un acte fait en vue de la mort, et dont tous les effets ne se développeront qu'après le décès de son auteur. Seulement le mot n'indique plus le procédé technique mis en œuvre pour atteindre ce résultat, et, selon l'écrivain qui l'emploie, il désigne aussi bien un acte entre-vifs qu'une véritable disposition *mortis*

(1) Voir *supra*, p. 134.

(2) Zeumer; add. form. Tur. 5 ; p. 161 (Roz. 263 *bis*, § 1). Il s'agit de l'enregistrement d'une *donation*, comme le prouve le début de la formule, et le *defensor* dit au mandataire qui demande l'accomplissement de la formalité : Mandatum quidem recitatum est, sed *scripto testamento*, quem tu pre manibus habere dicis, ille amanuensis ipsum accipiat, et nobis presentibus recitetur et, ut postulas, gestis publicis infirmetur. — Et plus loin, c'est le mandataire qui dit : Sufficit mihi, bone defensor, ut *testamentum*, quod recitatum est, si mihi gesta tradere jubeatis, ut mos est. — Ce à quoi il lui est répondu : *Testamentum* et mandatum in te conscriptum, etc...

causa. Dans les *epitome* (1), manuels de droit romain, le terme se présente avec sa signification romaine, aussi correctement qu'au Bréviaire. Il en est ainsi également dans la *lex Wisigothorum*, qui le mentionne entre la *donatio* et les *voluntates* exprimées oralement (2); de même encore dans les formules de Marculfe, qui d'une part l'opposent à la *donatio* et à la *cessio* (3), et d'autre part le distinguent soigneusement de l'*instrumentum* (4). Cette exactitude se retrouve au *præceptum imperatorium* de 814-825 (5), dans le recueil de Benoit le

(1) L'analyse que nous ferons plus tard des dispositions des *epitome* en matière testamentaire le prouvera surabondamment. Voir par exemple dans l'édition donnée par Hænel de la *Lex Romana Wisigothorum*. C. Th. IV, 4. c. ep. Aeg. Guelph. Lugd. Mon. Scintilla.

(2) IV, 2 (Walter, *Corpus juris germanici*, t. I, p. 495) : De successionibus eorum qui sic moriuntur, ut nec donationem, nec ullum faciant testamentum, nec præsentibus testibus suam ordinent voluntatem...

(3) Marc, II, 37; Zeumer, p. 97 (Roz., 259, § 1) : illa donacione, testamentum aut cessione, quod ab basilica, aut loco sancto, aut inlustris viro illius, ad presens, aut post discessum, deligavit... — Marc, II, 38; Zeumer, p. 98 (Roz., 259, § 2 et 3) : epistolam donacionis, aut testamenti seu cessionis...

(4) Marc, II, 17; Zeumer, p. 86 (Roz., 129) : *testamentum* nostrum condedimus, quem illius notario scribendum commisimus... In reliquo vero, qualiscumquæ a quemqumquæ epistolas de nomine nostro, manus nostras firmatas, ostensas fuerint et ante hunc *testamentum* prenotatas, quas hic non commemoravimus, excepto de ingenuitatis, quos pro animæ nostræ remedium fecimus aut adhuc facire volueremus, vacuas permaneant. Et qui ex nobis pare suo suprestis fuerit, et per qualemcumque *instrumentum* de suprascribta facultate in cujuslibet persona vel bene meritis nostros munere aliquid contuleremus, in quantum lex permittit, firma stabilitate debeat perdurare. — Cf. Flav. 8; Zeumer, p. [illegible] (Roz., 125).

(5) [illegible] ; Zeumer, p. 316 (Roz., 121) : quidam ex his, [illegible] possessiones suas [illegible] naturaliter [illegible] testamenta [illegible] disponere potuerint, hi, qui eas

Lévite (1) et sous la plume d'Alcuin (2). La langue des capitulaires ou des conciles participe d'abord à cette précision (3) : mais plus tard elle devient plus vague : le terme *testamentum* semble s'appliquer à tout écrit qui pratiquement remplit l'office d'un testament (4). Les Gallo-Romains ont sans doute favorisé inconsciemment cette extension : lorsqu'il n'étaient pas eux-mêmes des juristes de profession, ils confondaient avec le testament tous les équivalents de cet acte. Grégoire de Tours lui-même, qui fait du mot un usage fréquent, l'emploie dans des hypothèses où il s'agit peut-être d'un mode de disposition du droit barbare (5). A mesure qu'on avance dans le temps, à mesure aussi

suscipiunt, hoc de eis faciant, quod illi voluerunt ac facere rogaverunt, qui eas illorum fidei commiserunt.

(1) Benedictus levita, VII, 327 (Baluze, t. I, col. 1096). De his quibus per testamentum aliquid delegatum est, quod nihil contra voluntatem defuncti liceat agere. Qui per testamentum sibi aliquid derelictum acceperit et vindicaverit, et voluerit contra voluntatem defuncti agere, licentiam penitus non habebit.

(2) Alcuini epistolæ, n° 132, § 1 (*Mon. Germ.*, in-4°, Epistolæ Karolini ævi, t. II, p. 132) : Testamentum in mortuis confirmatur apostolo protestante, ideoque post obitum testatoris omnimodam firmitatem obtinuit.

(3) Concilium sub Sonnatio episcopo Remensi habitum (627-630), c. X ; Maassen, *Concilia*, p. 204 : Clerici etiam vel seculares qui oblationes parentum aut donatas aut *testamento relictas*, etc. Peut-être aussi le mot *intestatus* garde-t-il le sens technique dans l'édit de Clotaire II de 614, c. 6 (Bor., t. I, p. 20) : Cuicumque defunctu, si intestatus decesserit, propinqui absque contrarietate judicum in ejus facultatem juxta legem succedant.

(4) Capitulare Olonnense (825), c. 4 (Bor., t. I, p. 328). De senodochiis precipimus, ut secundum possibilitatem vel temporis fertilitatem testamentorum scripta sequantur.

(5) Sans doute il fait allusion à de véritables testaments, lorsqu'il mentionne le *testamentum* de saint Nizier (Vitæ patrum, VIII, 5 ; *Mon. Germ.* SS. R. M., t. I, p. 695) ; — celui de Marcharius (*Hist. Fr.* V, 36 ; t. I, p. 228) ; — ceux qu'ont laissés, avant de partir en Espagne, les personnages de la suite de Rigundis

[illegible] et certains actes concrets sont [illegible] lors qu'ils se réfèrent à des opéra[illegible] on ne considère que l'intention, qui [illegible] Quelquefois des donations pures [illegible] faites *ad instar testamenti* (2) : [illegible] testaments par l'intention de leurs [illegible] assurer le salut de leur âme, par [illegible] elles sont entourées : mais les [illegible] que le mot *testamentum* ne serait [illegible] et, en signalant l'analogie, ils [illegible] a pas identité. Toutefois, ils [illegible] de rester fidèles à la distinction [illegible] qu'ils indiquent : deux des di[illegible] *ad instar testamenti* se sont an[illegible] plus haut comme des *paginæ tes-*[illegible] (3).

[illegible] — ceux qui instituaient des Eglises [illegible] Chagerie (*Hist. Fr.*, VII, 7, t. I, p. 295). — [illegible] dont Charigyselus a été *effractor* [illegible] il y avait vraisemblablement des [illegible] la mode barbare. — Quant au testament de [illegible] V, 46, t. I, p. 255). Grégoire de Tours n'en [illegible] recommandations sans portée juridique.
(2) [illegible] réalisant une donation entre-vifs et [illegible] à précaire, dans le cart. de saint Bertin, [illegible] qualifie lui-même l'acte *testamentum* : Amal[illegible] testamentum, a me factum, relegi et suscripsi. — Tes[illegible] (752), Pardessus, t. II, p. 364. — Testaments de [illegible] cart. de Beaulieu, 16, p. 36; — l'autre [illegible] cart. de Beaulieu, 1, p. 1. — Testament de Godefredus [illegible] cart. de Beaulieu, 3, p. 10.
(2) Diplôme de Pepin, maire du palais (706); Pardessus, t. II, p. 273; Pertz, *diplomata*, p. 93. — Diplôme de Charles, maire du palais (722); Pardessus, t. II, p. 344; Pertz, p. 98. — Diplôme de Charles, maire du palais (726); Pardessus, t. II, p. 347; Pertz, p. 100.
(3) *Per hanc paginam testamenti*, portent les deux diplomes de Charles Martel.

Il était plus facile de se conformer exactement à la tradition du Bréviaire qui faisait d'un acte matériel, de l'écriture, un élément essentiel du *testamentum*. Toutes les sources qui utilisent cette expression visent un écrit (1), et on l'évite soigneusement lorsqu'on veut désigner une disposition orale de dernière volonté (2).

La conclusion de cet exposé philologique est qu'il faut bien se garder de conclure de l'usage du mot *testamentum* à la pratique d'un vrai testament. Il importe de ne pas s'arrêter aux expressions et d'analyser au fond la nature de l'acte qu'il s'agit de classer. Il est aisé de constater ainsi que le testament n'a jamais pénétré dans la législation des Francs. Nous savons déjà que ni la loi salique ni la loi ripuaire ne l'admettent. La remarque reste vraie pour les capitulaires ajoutés à ces lois et pour la *lex emendata* : à aucune époque le testament n'est devenu une institution du droit franc.

En résulte-t-il que les individus soumis à la loi franke se soient toujours abstenus des dispositions *mortis causa* proprement dites ? La déduction serait hâtive et inexacte. Bien des Saliens et des Ripuaires ont laissé des testaments à la romaine, et plusieurs causes peuvent expliquer ce fait.

D'abord, le clergé a toujours réservé ses sympathies pour la loi romaine. Si les prêtres d'origine barbare restaient officiellement soumis à leur statut primitif, ils n'en étaient pas moins désireux d'être traités selon le droit impérial. En Lombardie, par deux fois, ils réussirent à se placer sous leur loi de prédilection. On ne mentionne pas

(1) Le n° 8 de la collectio Flaviniacensis (Zeumer, p. 476 ; Roz., 128) est particulièrement caractéristique.

(2) Voir le récit des derniers moments de la reine Ingoberge, dans Grégoire de Tours, *Hist. Fr.*, IX, 26 : SS. R. M., t. I, p. 382. — Dépositions relatives à un testament oral, en 821, dans *Hist. du Languedoc*, éd. Dulaurier, t. II, Preuves, 57, col. 134.

en Gaule de mouvement d'ensemble analogue; mais il est probable que les clercs individuellement eurent souvent recours aux actes à la romaine (1).

Puis, même pour les laïcs, le principe de la personnalité des lois était loin de s'appliquer avec la sévérité à laquelle nous sommes tentés de croire. Il n'était pas difficile d'échapper à la loi que rigoureusement on aurait dû suivre. Nous avons des exemples de déclarations mensongères grâce auxquelles un barbare, en se disant romain, usait du droit romain. Souvent même on était à la fois plus sincère et plus hardi : on désobéissait ouvertement à sa loi d'origine (2).

Ces rébellions contre les traditions antiques devaient être surtout fréquentes en notre matière. Le *nullum testamentum* était fort incommode pour les Barbares (3) ; à mesure qu'on éprouvait le désir de multiplier les libéralités, à mesure aussi on sentait l'inconvénient de se dépouiller actuellement et irrévocablement : on aurait voulu conserver tout le temps de sa vie non seulement la jouissance des biens qu'on destinait à des œuvres pieuses, mais encore le droit de modifier ses premières dispositions (4). Il était impossible que les Barbares ne comprissent pas les avantages du testament et n'eussent pas l'idée d'en faire usage.

Les Francs ont donc copié les dispositions romaines de dernière volonté, sauf à en altérer peu à peu la technique.

(1) Stouff, *Personnalité des lois*, p. 12 et sq.

(2) Stouff, *l. c.*, p. 22 et 23.

(3) Cf. Glasson, t. II. p. 178.

(4) Additiones legis Baiuwariorum ; additio quinta, I, 2 (Pertz. *Leges*, t. III, p. 459) : ... Quisquis hereditatem suam ad ecclesiam ante donaverat aut postea donaverit, *si quid mutare voluerit*, cartam suam habeat ita scriptam, ut locum et tempus et personam habeat, aut cum III testibus fidelibus et nobilibus testificetur...

Au lit de mort, ou avant de commencer un voyage dangereux, ils prennent l'habitude d'adresser à quelque établissement religieux une aumône pour le salut de leur âme. Ces générosités *in extremis* apparaissent quelquefois comme de véritables legs (1); mais souvent aussi les textes ne sont pas assez précis pour qu'on puisse déterminer la nature exacte de l'acte, et décider s'il s'est consommé par une tradition entre-vifs, ou s'il n'a pris valeur que par la mort du disposant (2). Il semble bien en tous cas que Charlemagne « ajouta aux lois » un capitulaire général autorisant tous ses sujets à procéder à des donations à cause de mort renouvelées des Romains, révoquées si le donateur survit à tel événement ou si le donataire prédécède (3). Il y a mieux, et nous possédons un certain nombre de chartes qui sont incontestablement des imitations ou des déformations du testament romain. Bertran, évêque du Mans, tout dévoué au roi Clotaire; Hadoin, son successeur; le diacre Adalgyse, neveu de

(1) C'est le cas des libéralités ordonnées par les nobles de la suite de Rigundis : ils laissent, nous dit Grégoire de Tours, des testaments qui ne doivent être ouverts qu'après leur mort, ou du moins qu'après l'époque où ils s'attendent à être massacrés. (Voir *supra*, p. 183, note 1).

(2) Telles les dernières dispositions d'Ingoberge (voir *supra*, p. 225, note 2).

(3) Capitulare legibus additum (803) c. 6. (Bor. t. I, p. 113) : Qui res suas pro anima sua ad casam Dei tradere voluerit, domi traditionem faciat coram testibus legitimis; et quæ actenus in hoste factæ sunt traditiones, de quibus nulla est quæstio, stabilis permaneant. Si vero aliquis alii res suas tradiderit et in hoste profectus fuerit, et ille cui res traditæ sunt interim mortuus fuerit, qui res suas tradidit, cum reversus fuerit, adhibitis testibus coram quibus traditio facta est res suas recipiat; si autem et ipse mortuus fuerit, heredes ejus legitimi res traditas recipiant. M. D'Espinay (De l'influence du droit canonique sur la législation française, p. 76) signale l'analogie entre ce texte et un passage des Institutes de Justinien : II, 7, § 1.

Dagobert I[er], étaient de race barbare (1), et cependant ils ont laissé des testaments à peu près conformes aux prescriptions du Bréviaire (2). Erminethrude, femme de haute naissance et de grande fortune; Widerad, abbé de Flavigny, bien que relevant très probablement du droit barbare (3), ont voulu imiter les testaments romains dans leurs actes de dernière volonté (4). Il y a des erreurs juridiques, des altérations considérables du droit impérial, mais on sent très nettement l'intention de rédiger un acte à la romaine. L'empreinte romaine est moins accentuée, mais toutefois reconnaissable encore, dans les dispositions qu'ont prises en vue de la mort l'évêque Ansebert, l'abbesse Adèle et le comte Eccard (5); or il est vraisemblable que ces trois personnages appartenaient à une tribu barbare (6).

(1) Stouff, *l. c.*, p. 56.

(2) Testament de Bertran (615); Pardessus, t. I, p. 197. — Testament d'Hadoin (642); Pardessus, t. II, p. 69. — Testament d'Adalgyse (634); Mémoires de la Société philomathique de Verdun, t. III, année 1846, p. 337.

(3) Voir Stouff, *l. c.*, p. 56.

(4) Testament d'Erminethrude (700 ; Pardessus, t. II, p. 255. — Testament de Widerad (721); Pardessus, t. II, p 323. — Il faudrait ajouter à ce groupe le testament de Burgundofara (632) si l'authenticité en était plus certaine.

(5) Charta Anseberti (696). Pardessus, t. II, p. 237. — Testamen)um Adelæ (732). Pardessus, t. II, p. 364. — Testament d'Eccard, Thévenin, *Textes*, nº 76.

(6) Le nom crée une première présomption en faveur de cette opinion; souvent, il est vrai, des Romains ont pris des noms barbares ; mais d'autres arguments viennent corroborer ce premier indice. Les testaments d'Ansebert et d'Adèle sont d'une date relativement ancienne (696 et 732), et leurs déformations sont cependant considérables ; le fait s'explique mieux s'ils émanent de personnes vivant selon la loi barbare et habituées aux pratiques germaniques. En outre Ansebert dispose des biens qui lui sont échus *de alodo parentum meorum, tam de paterno quam de materno ;* la formule convient plus exactement à un héritier germanique qu'à un héritier romain. Quant à Eccard, dont le père

Le testament n'est donc plus la propriété exclusive des Romains ; des hommes de toute race l'emploient, — et inconsciemment travaillent à le métamorphoser. Il passe dans toutes les mains et s'altère sous toutes les influences. Aussi faut-il étudier la crise qu'il subit en faisant abstractions des personnes qui l'utilisent, et sans s'inquiéter de la nationalité des testateurs suivre l'évolution du testament.

et la mère portent aussi des noms barbares, il recourt à des procédés essentiellement germaniques, *per wadium et ande angum*, pour réaliser des translations de droits réels.



TITRE II

DÉCOMPOSITION DU TESTAMENT ROMAIN

De même qu'un travail interne de développement autonome et une poussée externe d'influences étrangères concouraient à promouvoir et à diriger l'évolution des institutions barbares, de même deux principes, l'un interne et l'autre externe, présidaient à la déformation du testament romain. Il s'est produit d'abord comme une décomposition intime, grâce à laquelle nombre d'antiques observances sont tombées de caducité. La technique élaborée par la jurisprudence classique était savante et minutieuse : elle ne pouvait convenir à une époque illettrée et grossière. Les praticiens de l'Empire franc ne sont plus assez instruits pour manier l'instrument sensible et compliqué, inventé en des siecles raffinés; ils n'en comprennent plus le mécanisme ingénieux, et ne retiennent guère que les traits matériels de la forme visible. En même temps, sous l'action du christianisme, la nature spontanée et enthousiaste des Francs s'exalte en élans de générosité; on veut donner aux pauvres, donner aux églises, donner à Dieu, et on passe outre aux prescriptions entravantes du droit romain, on ne s'attarde pas à ses causes de nullité : l'irrégularité des moyens ne doit pas empêcher la réalisation de la pieuse fin que l'on s'est proposée.

D'un autre côté, les tendances germaniques réagissent sur les conceptions romaines: la notion de l'acte à cause

de mort est combattue par le principe contraire du *nullum testamentum*: la liberté testamentaire se heurte à la copropriété familiale. Plus large est la diffusion du testament parmi les Barbares, plus vive aussi devient la résistance aux idées qu'il incarne, de la part d'esprits habitués à de tout autres manières de penser et d'agir. On lui enlève peu à peu ses attributs essentiels, on l'atrophie, on le démembre, et finalement du testament romain il ne reste plus rien.

Pour étudier par le détail cette désagrégation progressive, nous nous attacherons successivement, en autant de chapitres :

I. Aux formes du testament :

II. Aux règles de fond ;

III. A la réglementation du droit de tester ;

IV. Un quatrième et dernier chapitre aura pour but de déterminer les règles de la compétence testamentaire, et de dégager l'inspiration des testaments francs.

CHAPITRE PREMIER

FORMES DES TESTAMENTS

Les formes testamentaires romaines étaient variées et compliquées : elles évoluent à l'époque franke dans le sens de la simplicité et de l'unité. En s'affranchissant de leur réglementation minutieuse, elles perdent leurs traits caractéristiques, et tendent ainsi à se fondre les unes dans les autres. Il ne reste du formalisme antique qu'un double souvenir : d'une part, l'acte écrit ou les témoins, comme procédés seuls concevables pour conserver la mémoire des volontés juridiques et leur donner valeur ; d'autre part une série de mots sacramentels, survivant aux idées qu'ils expriment, et soigneusement conservés d'âge en âge comme vestiges et symboles d'une civilisation disparue mais toujours admirée.

I

Formes normales.

La loi des Wisigoths, livre II, titre V, § 12 (1), énumère

(1) Walter, t. I, p. 460 : Qualiter conlici vel firmari conveniat ultimas hominum voluntates. Morientium extrema voluntas, sive sit auctoris et testium manu subscripta, sive utrarumque partium signis extiterit roborata, seu etiam et si auctor subscribere vel

quatre manières de faire un testament, ou plus largement de laisser une disposition de dernière volonté. Si on ajoute les « écritures olographes » prévues par le § 16 (1), on arrive à un total de cinq formes normalement admises. Mais, en réalité, plusieurs de ces formes ne sont que des variétés d'un même type, et c'est seulement en trois catégories qu'il faut répartir les actes testamentaires, d'après le code de Receswind comme d'après le Bréviaire d'Alaric : ils sont olographes, oraux ou solennels.

Le testament solennel de la loi wisigothique tire sa valeur de l'adjonction de témoins et de l'apposition d'un signe matériel sur l'écrit. Le nombre des témoins n'est pas impérativement déterminé ; il est seulement prescrit que chacun d'eux, comme le testateur, marque le *codex testamenti*, soit de son sceau, soit de sa signature. Lorsque le disposant ne peut ni signer ni sceller, un témoin supplémentaire se joint aux autres, et remplit la formalité à laquelle l'intéressé est hors d'état de pourvoir (2) : seulement si le testateur, guéri de la maladie pendant laquelle il avait pris ses dernières dispositions, recouvre la possibilité de signer lui-même, il doit effectivement confirmer d'une souscription autographe l'acte dont il entend maintenir la validité (3). Aucun principe

signum facere non praevaleat, alium tamen cum legitimis testibus subscriptorem vel signatorem ordinationis suae instituat : sive quoque si tantummodo verbis coram probatione ordinatio ejus, qui moritur, patuerit promulgata, haec ordinationum quatuor genera omni perenniter valore persistant.

(1) Walter, t. I, p. 462. De holographis scripturis.

(2) II, 5, § 12 : voir *supra*, p. 233, note 1.

(3) II, 5, § 1 : Walter, p. 457 : Simili quoque et illae scripturae valore constabunt, quas etsi auctor subscribere aegritudine obsistente non valuit, in eis tamen qui subscriptores accederent postulavit : sicque subscriptionem vel signum ad vicem illius auctoris, ille qui est rogatus impresserit. Hoc tantum est observandum, ut si conditor talium scripturarum de hac ipse aegritudine qua

formaliste ne règle la coopération des témoins. La *lex Wisigothorum*, qui ne parle pas d'une convocation spéciale de ces auxiliaires nécessaires, qui ne se soucie pas davantage de l'*unum contextum*, et qui admet l'équivalence du cachet et de la signature, réalise par rapport au Bréviaire d'Alaric une simplification notable.

Les *epitome* suivent de plus près le Bréviaire. Il n'y a pas lieu d'en être étonné, puisque les rédacteurs voulaient reproduire la substance de la *lex Romana* et en avaient constamment le texte sous les yeux. L'*epitome Monachi* en particulier reflète avec une intelligente fidélité les dispositions de l'*interpretatio*, et l'*epitome Aegidii* ne s'en écarte guère davantage. Les autres présentent quelques modifications plus importantes : peut-être inconsciemment, les auteurs ont été entraînés à adapter à l'usage de leurs contemporains le code qu'ils voulaient résumer. — Les *epitome Monachi* et *Aegidii* (1) distinguent, comme le Bréviaire, le testament civil à 5 témoins et le testament prétorien à 7 témoins. Ils décrivent les cérémonies du testament à 7 témoins avec la même minutie que l'*interpretatio*, et la *Scintilla* en fait autant (2) : ni la nécessité d'un huitième témoin si le testateur ne peut signer, ni la convocation *ad hoc*, ni les cachets, ni l'*unum contextum*, ne sont oubliés. L'*epitome Guelpherbytani* (3), au contraire, sans s'occuper d'aucune solennité de détail, se contente d'insister sur le nombre des témoins : 5 ou 7, et quelquefois 8. Les *epitome* maintiennent à côté du testa-

detinebatur revaluerit, si hoc ipsum quod in hujusmodi scripturis testatus est firmum esse voluerit, manu sua illud solita subscriptione corroboret, et sic plenam, quod testari visus est, obtineat firmitatem.

(1) Lex Rom. Wis., éd. Hænel, C. Th. IV, 4, c. 3.

(2) Nov. Th. IX, c. unique.

(3) *Eod. loc.*

ment d'autres modes de disposer *mortis causa* : les codicilles, « qui sont des fidéicommis (1) » les *epistolæ* (2), et toutes les autres manifestations de volonté, *ceteræ voluntates* (3). Les *epitome Guelpherbytani, Monachi* et *Seldeni*, indiquent que les codicilles confirmés peuvent seuls contenir des legs, et qu'aucun codicille n'est susceptible de recevoir une institution d'héritier (4). Mais d'autre part tous les *epitome* sont d'accord pour exiger la présence de 5 ou 7 témoins à la rédaction des codicilles (5). Or pour la validité des testaments mêmes, ils renoncent peu à peu à tout autre exigence qu'à la réunion des témoins en nombre compétent : il est donc clair que testaments et codicilles sont en voie de rapprochement et tendent à se confondre.

Malgré les assouplissements auxquels ils se prêtent, les *epitome* reproduisent un droit théorique, dont l'évolution ne suit que lentement et à regret celle du droit pratique. Il est intéressant de rechercher comment, en fait, les testateurs comprenaient et observaient les prescriptions romaines. L'examen des chartes et des formules nous permettra de nous en rendre compte ; nous avons à suivre, à travers les actes de pratique, les transformations des dispositions testamentaires rédigées par écrit et confirmées devant témoins.

Une formule, appartenant à la *collectio Flaviniacensis* (6), et copiée sur le testament de Widerad, abbé

(1) C. Th. IV, 4, c. 1, Scintilla : Codicillum, quod est fideicommissum. — *Adde*, C. Th., IV, 4, c. 7 ; ep. Lugd. Mon.
(2) C. Th., IV, 4, c. 2. Ep. Aeg. Lugd. Mon.
(3) C. Th. IV, 4, c. 1 : Ep. Aeg.
(4) Gaius, II, 7 (ou XIV, ou XV) § 8. Ep. Guelph. Mon. Seld. [illegible] IV, 4, c. 1, c. 10. Ep. Mon.
(5) [illegible] IV, 4, c. 1 ; ep. Aeg. Guelph. Lugd. Mon. Scintilla.
(6) [illegible] Voici la dernière phrase de [illegible] testament [illegible]

de Flavigny, nous apprend ce que l'on considérait comme essentiel : le testateur doit apostiller l'acte, et des témoins apposent également une marque distinctive sur le parchemin. Voilà tout, — et de nombreuses chartes confirment l'exactitude de ces indications.

Que l'acte porte le nom de codicille ou celui de testament, il n'est presque jamais écrit de la main du disposant : c'est à un scribe, à un notaire (1), que l'on confie ce soin (2), et l'auteur se borne à relire le parchemin (3). Pour le nombre des témoins, on se conformait d'abord exactement aux règles du Bréviaire. Dans les chartes

pagina firma permaneat], quam manu mea propria subter firmavi, et bonorum hominum signis vel alligationibus roborandam decrevi.

(1) Voir sur ces personnages Giry, *Manuel de diplomatique*, p. 824 et sq.

(2) Les formules de Marculfe, II, 17 (Zeumer, p. 86 : Roz. 129) et Flav. 8 (Zeumer, p. 476 ; Roz. 128) sont relatives à cette hypothèse : *testamentum nostrum condedimus, quem illius notario scribendum commisimus*, porte la première. — Et c'est le cas des testaments de Bertran en 615 (Pardessus, t. I, p. 197) ; d'Adalgyse en 634 (Mémoire de la Société philom. de Verdun, 1846, p. 337) ; d'Hadoin en 642 (Pardessus, t. II, p. 69) ; du codicille de saint Amand en 675 (Pardessus, t. II, p. 166) ; de l'*Epistola* d'Ansebert en 696 (Pardessus, t. II, p. 237) ; des testaments d'Erminethrude en 700 (Pardessus, t. II, p. 255) ; de Widerad en 721 (Pardessus, t. II, p. 323) ; d'Abbo en 739 (Pardessus, t. II, p. 370) ; de Fulrad en 777 (Tardif, *Cartons des rois*, n° 78, p. 61) ; de Dalila en 813 (*Hist. du Languedoc*, t. II, preuves, n° 24, col. 81) ; de Spaneldès en 821 (*Hist. du Languedoc*, t. II Preuves, n° 58, p. 135) : de saint Rodulfe en 856 (Cart. de Beaulieu, n° 16, p. 36) et en 860 (Cart. de Beaulieu, n° 1, p. 1) ; de Godefredus en 866 (Cart. de Beaulieu, n° 3, p. 10). — Le testament d'Aredius en 572 (Pardessus, t. I, p. 136) fait exception ; cf. cart. de saint Bertin, Pars I. Folquini lib. II, n° 87, p. 160 (838).

(3) Bertran écrit par exemple à la fin de son testament : Bertichramnus in Christi nomine, asci indignus episcopus, testamentum meum, quod filio meo Ebboni notario scribendum dictavi, *relegi* et subscripsi. — *Adde* les testaments d'Adalgyse, d'Hadoin, la charte d'Ansebert.

anciennes, et en général jusque vers le début du VIII[e] siècle, cinq ou sept témoins interviennent, et plus souvent sept que cinq. Le scribe figure dans ce groupe et signe le dernier (1). Mais dès le courant du VII[e] siècle se manifeste une tendance certaine à la multiplication des témoins (2) : peut-être voulait-on, comme le conjecture M. Esmein, donner plus de force à l'acte à mesure que l'anarchie grandissait, et lui assurer de plus nombreux protecteurs. Le phénomène devient surtout sensible au IX[e] siècle. A cette époque, ce sont des légions de témoins qui entourent le disposant (3), et il semble en même temps que leur rôle se soit modifié, par suite du changement général des sentiments et des esprits. Les témoins du VI[e] siècle n'avaient pas connaissance du testament; leur intervention était, en quelque sorte, extérieure et formaliste. Il paraît bien, au contraire, que les témoins du VIII[e] siècle ont entendu la lecture de l'acte. La loi des Wisigoths en faisait une obligation (4), et la pratique franke révèle le

(1) Nous constatons la présence de sept témoins, y compris le scribe, dans les testaments de Bertran en 615, d'Adalgyse en 634, dans le codicille de saint Amand en 675, dans la charte d'Aengelbert en 709 (Pardessus, t. II, p. 280). — Sont signés de cinq témoins, y compris le scribe, les testaments d'Aredius et Pélagie en 572 (au moins selon Savigny et sauf controverse; voir Savigny, *Histoire du droit romain*, trad. Guenoux, t. II, p. 67); d'Ermine-thrude en 700; d'Abbo en 739 (au moins dans l'état où il nous est parvenu ; car les éditeurs pensent que le nombre des témoins était en réalité supérieur; *Prolégomènes*, p. 273). — Le testament du fils d'Idda en 690 est aussi signé de cinq témoins, mais nous ne savons si le scribe est du nombre (Pardessus, t. II, p. 211).

(2) Le testament d'Hadoin en 642 compte 9 témoins; la charte de Léodelus, en 667, en a 27 (Pardessus, t. II, p. 142); la charte de Vandemiris, en 690, 11 (Pardessus, t. II, p. 208); et le testament de Fulrad, en 777, 21.

(3) Testaments de Dadila, en 813 : 9 témoins; de saint Rodulfe, en 856 : 13 témoins, et en 860 : plus de 40 témoins; de Godefredus, en 866 : 16 témoins en plus de sa famille.

(4) II, 5, § 3 : Walter, p. 457. Ne incognitam sibi scripturam

même usage. La femme et les fils du comte Godefredus donnent leur consentement au testament de leur père ou mari; c'est donc qu'ils en connaissent le contenu. Or les témoins sont mentionnés en même temps que les parents, tous ensemble ne forment qu'une même catégorie; leur intervention a eu lieu simultanément et dans des conditions extérieures identiques (1). Le fait est plus remarquable encore dans le testament de Fulrad, où deux personnages qui ne nous sont présentés que comme de simples témoins, sans titre spécial, donnent leur approbation avant de signer et montrent par là qu'ils sont instruits des clauses qu'ils souscrivent (2). On ne prend jamais la précaution de sceller ni de cacheter le *codex* pour en tenir les dispositions secrètes; au contraire, on note quelquefois qu'il a été procédé publiquement à la confection de l'acte (3). Les préoccupations sournoises qui dominaient les âmes romaines ou romanisées sont inconnues des Francs. On s'est conformé aux prescriptions techniques qu'elles avaient inspirées, tant qu'on a subi servilement le joug de tradi-

quisquam testis subscribere audeat aut firmare. Quarumlibet scripturarum seriem advocatus testis, si non aut per se antea legerit. aut coram se legentem audierit, subscribere penitus non audeat.

(1) Le testament, dans les premières lignes, porte cette mention : consentientibus uxore mea Gerberga et filiis meis, Godefredo et Rodulfo, etc... Et voici comment il se termine : Signum Godefredi. S. Gerbergæ, consentientis cessionem a nobis factam fieri et adfirmare quam rogavimus. S. Godefredus, S. Rodulfi, S. ...einaldi. S. Bulgarius, etc... Les fils n'apparaissent plus que comme des témoins, les premiers de la série.

(2) Tardif, *Cartons des rois*, p. 62 : Ego Folradus capalanus subscripsi. In Dei nomine Maginarius consensi et subscripsi. Haimardus consensi et subscripsi, etc.

(3) *Actum publice*. Voir le testament de Fulrad en 777 : et antérieurement des actes où l'influence barbare était prépondérante, comme la charte de Leodebus (667) ou celle d'Aengelbert (709). portaient la même mention.

tions juridiques qu'on ne comprenait pas; mais, peu à peu, le tempérament national a surmonté l'influence étrangère : dans l'empire de Charlemagne, c'est au grand jour qu'on fait son testament, en réunissant autour de soi sa famille et ses fidèles (1), en les prenant à témoin des dernières volontés qu'on exprime, en leur demandant de confirmer et de défendre ces volontés mêmes, non plus seulement la matérialité d'une charte close.

D'autre part, cependant, certains actes qui participent à la nature testamentaire ne portent la mention que d'un nombre réduit de témoins. Tel est le cas, par exemple, du testament de Widerad, abbé de Flavigny (721). Mais celui-là se présente dans des conditions toutes spéciales. S'il ne cite que le nom de trois témoins, s'il n'est revêtu que d'un sceau unique, il faut prendre garde que ce sceau est celui du roi, et il semble bien que cette estampille, apposée par un *inluster vir* au nom et pour le compte du souverain, suffise à elle seule à remplacer toutes les souscriptions requises de droit commun (2). L'acte en lui-même reste sans doute un acte privé, soumis aux règles ordinaires; mais la cérémonie de clôture et de scellement

(1) Voir Cart. de saint Bertin; pars I, Folquini lib. II, n° 87 (838), p. 160.: Jussit quoque recitare coram se et amicis suis ipsum brevem. — Le même texte nous fournit des indications curieuses sur l'apparence matérielle de ce *brevis*, qui est un acte testamentaire : descripsit ipse propria manu, in tabulis ceratis, quæ exterius celatæ erant barbulis crassi piscis, et subtus deauratæ erant.

(2) Voici le protocole final de ce document (Pardessus, t. II, p. 326). D'abord, les signatures : Widradus abba. Gerefredus *defensor*. Amalsindus. Haldofredus. — Actum Sinemuro castro, die Kal. Febr. XV, et scriptum per manum Haldofredi notarii, suadente et deprecante eodem venerabili abbate Widrado, *immo sigillante, per inlustri viro Amalsindone sigillo regio*. Anno domni Theodorici regis primo, *adstante nobili, et firmante vulgari populo, una cum defensore Gerefredo clarissimo viro*.

prend un caractère officiel : elle se passe en présence du peuple, sous l'œil du *defensor*, et elle est présidée par un représentant de l'autorité royale. La charte d'Ansebert en 696 (1) est, au contraire, purement et à tous points de vue, un document privé, pour lequel on n'a pas eu recours à la puissance publique. En ne réunissant que quatre témoins, le disposant s'est donc certainement affranchi des rigueurs antérieurement imposées. Plus tard, en 821, pour le testament de Spaneldès (2), les témoins sont réduits à trois; c'est un prêtre qui a écrit, probablement aussi inspiré et rédigé l'acte, et nous reconnaissons l'influence de la parole célèbre : *In ore duorum vel trium testium stet omne verbum* (3). L'Église tendait, en effet, à réduire au minimum le cérémonial des legs pieux (4); elle en imposait l'exécution dès l'instant que la preuve des volontés du mort était suffisamment certaine, et prononçait l'excommunication contre tous ceux qui tenteraient d'élever quelque contradiction. Des conciles du VI[e] siècle prescrivent, sous cette terrible sanction, l'observation des dispositions *in extremis* consignées dans des chartes quelconques (5). D'autres proclament en propres termes

(1) Pardessus, t. II, p. 237.

(2) *Hist. du Languedoc*, éd. Dulaurier, t. II, Preuves, n° 58, col. 135. Le disposant laisse tous ses biens au monastère de Caunes, et voici le protocole final : Signum Ispanildes qui hunc testamentum fieri volui. Signum Ansemundo. Signum Benedicti. Signum Ananie. Elias in Christi nomine presbyter suprascripto hunc testamentum scripsi et die et anno quo supra.

(3) Cette influence se manifeste nettement pour l'Angleterre dans un document célèbre du VIII[e] siècle, *dialogus Egberti*. Interrogationes II et III (West Haddan et Stubbs, *Councils*, p. 404).

(4) Cf. G. L. Bœhmer, *Observationes juris canonici*, observatio IV, § 4.—Thomas K. Das Kanonische testament. note 2, p. 8.— Pollock et Maitland ; *the history of the Common Law*, t. II, p. 316.

(5) *Per quaslibet scripturas*. — Concile de Tours (567), c. 26 ; (Maassen, p. 134) ; — Concile de Paris (556-573), c. 1 ; (Maassen, p. 142).

que les testaments des clercs ne peuvent être annulés pour violation des vieux principes du droit romain (1), et le pape Grégoire le Grand déclare bon et valable un double legs laissé à des affranchis et à un monastère, oralement et sans forme (2).

Dans les cas normaux, c'est-à-dire lorsqu'il y a un écrit et que les témoins sont régulièrement assemblés, ceux-ci laissent un souvenir durable de leur réunion en marquant d'un signe distinctif le *codex* qu'on leur présente. Nous avons déjà constaté qu'au temps du Bréviaire d'Alaric, malgré quelques prescriptions théoriques plus sévères, le sceau ou la souscription pouvaient indifféremment se remplacer l'un l'autre (3). Cet état de fait se maintient durant toute la période franke; les chartes sont confirmées par le disposant et les témoins au moyen d'un *signum* ou d'une phrase manuscrite (4), au gré des circonstances et des si-

(1) Concile de Lyon (567 ou 573), c. 2 (Maassen, p. 140) ... id convenit inviolabiliter observari, ut testamenta, quæ episcopi, presbyteri seu inferioris ordinis clerici vel donationes aut quæcunque instrumenta propria voluntate confecerint, quibus aliquid ecclesiæ aut quibuscunque conferre videantur, omni stabilitate subsistant; id specialiter statuentes, ut, etiamsi quorumcunque religiosorum voluntas aut necessitate aut simplicitate aliquid a legum secularium ordine visa fuerit discrepare, voluntas tamen defunctorum debeat inconcussa manere et in omnibus Deo propicio custodiri. — Cf. concile de Paris (614), c. 12 (Maassen, p. 189).

(2) Cognovi, Romano referente, quia moriens mulier Redemti unam concham argenteam *nudis verbis* dixerit venumdari et libertis suis tradi; scutellam quoque argenteam monasterio ejusdem reliquerit: in quibus utrisque voluntatem ejus per omnia volumus impleri (cité par Bœhmer, *l. c.*, observ. IV, note n).

(3) Voir *supra*, p. 37.

(4) Le testament de Bertran fournit une intéressante application de cette vérité. Il annonce que, conformément à la loi, il va présenter le testament à sept témoins pour le signer et le sceller (Pardessus, t. I, p. 215) : *ut lex edocet, septem virorum honesto-*

gnataires; chacun procède comme il a l'habitude de le faire dans les opérations de la vie civile (1).

De l'*unum contextum* il n'est plus question, au moins comme condition nécessaire de validité. Cependant d'ordinaire tous les témoins devaient être réunis simultanément. Nous savons en effet que le scribe signe le dernier, ce qui donne à penser que c'est devant lui, en une seule séance, que tout le monde a rempli son rôle. La même remarque semble aussi indiquer que la rédaction de l'écrit a eu lieu d'un seul jet, et immédiatement avant la présentation aux témoins. Il est vrai qu'une induction contraire peut être tirée de la clause qui prévoit et valide les ratures. Le disposant déclare que les surcharges ou changements qui modifient le corps de l'acte sont son œuvre, et il les explique par la revision fréquente et attentive à laquelle il a soumis ses premières dispositions (2). On est alors porté à croire qu'il a conservé un certain temps par devers lui la charte à l'état de projet pour la méditer à loisir. Mais d'autre part le papyrus est d'ordinaire daté deux fois, au début et à la fin, et c'est la même date qui

rum subscriptionibus et sigillis credidi muniendum, et pro totius rei firmitate atque stipulatione annecti præcepi. Puis lui-même se contente de signer sans sceller ; et parmi les témoins, cinq se bornent à signer : *subscripsi* : deux seulement apposent leur sceau : *subscripsi signum*.

(1) Marc. II, 17 (Zeumer, p. 88, Roz. 129) : Hanc quoque paginam testamenti et manus nostræ propriæ subscriptionibus, *quod ex consuetudine habuemus*, subscripsimus et per personnas reliquas studuemus subscriptionibus roborari. — Voir Giry, *Manuel de diplomatique*, p. 592 et sq. M. Giry remarque (p. 593) que l'usage du sceau proprement dit se perdit au cours du VIIe siècle pour les particuliers : leurs *signa* ne furent plus dès lors que des seings manuels, c'est-à-dire soit une croix tracée de leur main, soit la ruche remplaçant le mot *subscripsi*.

(2) On trouvera à l'appendice, dans le testament d'Adalgyse, un exemple de cette clause. — On la rencontre encore dans les testaments de Bertran, du fils d'Idda, d'Erminethrude, d'Abbo.

est relatée aux deux endroits (1): il en résulterait donc que tout se serait passé en un seul jour. Il faut convenir que ces indications sont quelque peu contradictoires; en réalité on grossissait les actes d'une série de formules toutes faites, sans y attacher d'importance, et peut-être sans en comprendre la portée. Les tabellions conservaient ces débris du matériel formaliste comme un legs précieux des praticiens romains. peut-être aussi comme une des raisons d'être de leur propre ministère. Voici cependant ce qu'on peut conjecturer de plus vraisemblable sur le *processus* généralement suivi. La charte manuscrite était préparée d'avance, et on laissait en tête un blanc destiné à recevoir plus tard une date. Le document ainsi élaboré était revu, discuté, corrigé par le testateur, qui prenait tout son temps pour ce travail de retouche. Une fois le texte établi, on inscrivait à l'endroit réservé à cet effet la date du jour où devait avoir lieu la cérémonie définitive. Au jour dit, on réunissait les témoins, le scribe donnait lecture des dispositions telles qu'elles avaient été arrêtées en dernier lieu (2); il rappelait la date à la ligne finale, et toutes les personnes présentes apposaient leur cachet ou leur signature. Telle est l'hypothèse qui s'accorde le mieux, soit avec le caractère nouveau des testaments, actes désormais di-

(1) *Die et anno quo supra,* dit-on le plus souvent la seconde fois. — Voir testaments d'Aredius, de Bertran, du fils d'Idda, d'Erminethrude, de Widerad, de Dadila, de Spaneldès. — Seul le testament de Burgundofara porte deux dates différentes : *in principio* le 26 octobre, *sub die VII kalendas Novembris ;* et *in fine* 17 jours plus tôt, le 6 octobre, *sub die VII idus octobris.* Cette bizarrerie fournit un motif de plus pour tenir ce document en suspicion.

(2) Le scribe dit souvent qu'il a écrit, *relu,* et signé la charte. Voir, par exemple, le testament de Bertran : Ego Ebbo, notarius, jubente domno meo Bertichramno episcopo, et ipso præsente, hoc testamentum scripsi, *relegi* et subscripsi. Notavi diem. — Cf. les testaments d'Erminethrude, de Dadila.

vulgués et notoires, soit avec les indications de détail rapportées par les chartes concrètes.

La Novelle Théodosienne qui avait organisé le testament solennel exigeait que les témoins fussent spécialement convoqués en vue de leur mission, *rogati*. Le souvenir de l'invitation qu'il fallait leur adresser s'est conservé fidèlement, et la plupart des signataires ont soin de se dire *rogati* (1), tandis que le scribe, plus humble, avoue avoir reçu un ordre : *jubente domno*... Le disposant lui-même déclare parfois qu'il a prié, *rogavit* (2), quelques personnes de lui prêter son concours. Mais ces mentions ne paraissent plus avoir de valeur officielle : parfois on les oublie (3), et parfois on les emploie à contre-sens (4) ; ce ne sont que des mots sans importance au point de vue de la validité de l'acte. L'usage en devient d'ailleurs plus rare, surtout au Nord, à mesure que les siècles s'avancent.

(1) Sont *rogati :* cinq des témoins du testament d'Adalgyse, deux des témoins de la charte de Leodebus, deux des témoins du codicille de saint Amand, un témoin de la charte de Vandemiris, tous les témoins de la charte d'Ansebert, quatre des témoins du testament d'Erminethrude, huit des témoins du testament de Dadila.

(2) Voici, par exemple, en quels termes Dadila souscrit son testament : S. Dadilani, qui hanc paginam testamenti mei fieri volui, manu mea signavi, feci, et testes adfirmare *rogavi*. — Cf. codicille de saint Amand.

(3) C'est le cas pour deux des témoins du testament d'Adalgyse, les témoins du testament d'Hadoin, sauf le scribe, presque tous les témoins de la charte de Leodebus, tous les témoins du testament du fils d'Idda, presque tous les témoins de la charte de Vandemiris et de la charte de Leodebus, *le defensor,* témoin du testament d'Erminethrude, tous les témoins du testament de Widerad, les témoins du testament d'Abbo, les témoins du testament de Fulrad, sauf le scribe, les témoins du testament de Spaneldès, et des testaments de saint Rodulfe.

(4) Hadoin écrit ou fait écrire : hoc testamentum quod ex devotione rogavi relegi et subscripsi.

L'idée juridique à laquelle le mot *rogatus* faisait allusion était oubliée bien avant le terme lui-même. De pareils phénomènes sont fréquents à l'époque franke, et c'est un des traits les plus curieux de cette barbarie. Le langage des praticiens est encombré d'une série de phrases dont le sens a disparu. La forme romaine dans ce qu'elle a de plus extérieur, de plus matériel, survit longtemps aux institutions et aux conceptions qu'elle incarnait. C'est ainsi que l'antique formule : *ita do, ita lego, ita testor, ita vos, Quirites, mihi testimonium perhibetote*, reparaît quelquefois sous la plume des tabellions (1) : dans le testament du fils d'Idda, elle s'enchevêtre avec une formule d'exhérédation en un jargon inintelligible (2).

La plus importante de ces clauses de style est la célèbre *stipulatio subnixa*. Presque tous les documents privés de cette époque se terminent par les mots *cum stipulatione subnixa* (3), ou *stipulatione interposita* (4), ou *stipulatione comprehensa* (5), et les testaments n'échappent pas à la loi générale. Cet ablatif a provoqué une abondante littérature ; de nombreuses opinions ont été émises ; voici les résultats qu'on peut considérer comme sérieusement acquis (6). L'origine de la formule est romaine. Dans l'Empire, la plupart des conventions étaient rédigées par

(1) Testaments du fils d'Idda, d'Erminethrude.

(2) Voici le texte de Tardif (*Cartons des Rois*, n° 26), p. 22 : Ita do, ita lego, ita testor, i (ta vos mihi, quirites, testi) munium testanti citeri citerque proxemi proximæque tribuitote pristote atque habetote.

(3) C'est la formule la plus courante, et les exemples en sont innombrables.

(4) Testament du fils d'Idda.

(5) Charte de Leodebus.

(6) Voir Esmein, *Etude sur les contrats dans le très ancien droit*, p. 16 et 29. — Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der Urkunde*, p. 220 et sq. — Glasson, *l. c.*, t. III, p. 235 et sq. — Giry, *l. c.*, p. 572.

écrit, et on mentionnait à la fin de la charte ou *cautio* qu'un contrat verbal, une *stipulatio*, leur avait donné valeur juridique, soit que les parties se fussent promis en termes solennels les prestations dont elles étaient convenues, soit qu'elles eussent indirectement sanctionné un simple pacte en le complétant par une *stipulatio pœnæ* (1). Cette indication suffisait à faire présumer que la stipulation avait effectivement eu lieu : la partie qui montrait un écrit revêtu de la formule relative au contrat verbal avait fait toute sa preuve, et dès que le créancier était muni d'une *cautio* dans ces conditions, il était en mesure de faire condamner le débiteur. On conçoit alors que les praticiens francs, confondant la preuve avec la formation même du droit, aient considéré comme générateur d'obligation tout écrit déclarant qu'une stipulation avait été effectuée; nous apercevons ainsi aisément comment on a pu passer à la formule dont nous cherchons l'origine (2) : *stipulatione interposita* tout d'abord, puis *stipulatione subnixa* (3). On oublie le mécanisme auquel les mots correspondent : on s'en tient au résultat, c'est-à-dire à la force qu'ils donnent aux actes écrits. On les ajoute à la suite de chartes de toutes sortes, même d'actes unilatéraux : à partir du VIIe siècle, ils commencent à envahir les testaments (4). L'allusion à un contrat n'est plus com-

(1) Voir sur l'usage de la *stipulatio pœnæ* Lex Rom., Wis. C. Th. II, 9, c. unique ; — Paul. I, 1, § 3.

(2) A noter, comme style de transition, le protocole final de la formule wisigothique n° 24 (Zeumer, p. 587) : Cui rei, vi doloque secluso, præsens præsentibus stipulatus et spondi et supter manu mea subscripsi et testibus a me rogatis pro firmitate tradidi roborandam.

(3) Cf. Brunner, *l. c.*, p. 224.

(4) Je n'ai rencontré la *stipulatio subnixa* dans aucun acte testamentaire aux siècles antérieurs. La formule apparait au VIIe siècle dans les chartes de Leodebus (667), de Vandemiris (690),

prise : la formule, dans la pensée de ceux qui l'emploient, indique simplement que l'acte doit produire un effet juridique. Elle est toujours unie à une allusion au caractère ferme et solide de l'opération : on veut, en l'insérant, assurer aux dispositions qu'on énumère une efficacité plus sûrement énergique (1). La formule *stipulatione subnixa* s'est ainsi trouvée lentement dépouillée de sa signification primitive, et elle reste en réalité vide de sens. N'a-t-on pas ensuite réintroduit une idée dans ce moule sonore? N'a-t-on pas cherché à rendre une acception nouvelle à ce terme incompris? M. Brunner le soutient, avec preuves à l'appui (2). L'expression implique l'idée de confirmation : elle se réfère à ce qui fait du papyrus un acte juridique. Or ce sont précisément les signatures et les cachets qui jouent ce rôle ; la formule annonce donc les cachets et les signatures dont la charte tirera sa valeur. Et M. Brunner cite une série de textes, qui prennent comme synonymes de *stipulatione* les termes *roboratione*, *affirmatione*, ou même *scriptione* et *subscriptione* (3).

Telles sont les déviations du testament solennel écrit ; il est relativement facile de les suivre à travers les applications concrètes qui nous sont parvenues en nombre assez considérable. L'histoire du testament oral est beaucoup moins aisée à retracer ; les éléments de recherches sont naturellement plus rares, puisqu'il s'agit d'un

ainsi que dans le testament du fils d'Idda (vers 690). Elle figure aussi dans le prétendu testament de Burgundofara (rapporté à l'année 632).

(1) *Stipulatione pro omni firmitate subnexa*, disent Vandemiris (690) et Abbo (739) ; — et le fils d'Idda (vers 690) : cum omni stabilitate, omni tempore permaneat, stipulacione interposita. — Cf. la charte d'Aengelbert, les deux testaments de saint Rodulfe, celui de Godefredus.

(2) *l. c.* Voir p. 225 et sq.

(3) Brunner, *l. c.*, p. 226 et 227.

acte dont l'écriture ne fixe pas les traits. Les textes législatifs ou didactiques fournissent sans doute quelques renseignements, mais qui ne correspondent pas toujours parfaitement aux usages de la pratique.

Les *epitome* connaissent les codicilles comme les testaments oraux (1). Le testament oral, *nuncupatio*, reste toujours soumis d'après eux aux prescriptions très sévères du Bréviaire : sept témoins *rogati* doivent entendre simultanément la déclaration du testateur (2), et en toute hypothèse un acte *mortis causa* suppose nécessairement la réunion d'au moins cinq témoins (3). Mais il est probable qu'on s'est de bonne heure relâché de cette rigueur. Le testament oral était celui des moribonds, pressés de racheter par quelques pieuses libéralités les scandales de leur vie passée. Comment les astreindre à un ensemble de conditions si sévères? C'eût été les condamner à mourir intestat, et on a dû certainement écarter ce résultat. La parole *in ore duorum vel trium testium*... trouvait ici une application littérale toute naturelle, et elle répondait à un besoin trop réel pour qu'on ne la fît pas servir à un adoucissement des observances antiques. Déjà la loi des Wisigoths exemptait de tout formalisme les dispositions de dernière volonté déclarées verbalement devant témoins (4) ; plus tard nous lisons dans une charte du IXe siècle la déposition des témoins du testament oral de Adalaldus (5) : nous constatons que ces témoins sont au nombre

(1) Paul. IV, 1, § 5. Ep. Aeg. et Mon.— C. Th. IV, 4, c. 7; ep. Aeg. Lugd. Mon.

(2) Nov. Th. IX, c. unique ; Ep. Aeg. Mon. Scintilla.

(3) C. Th. IV, 4, c. 1 ; Ep. Aeg. Guelp. Lugd. Mon. Scintilla.

(4) II. 5, § 12 : illa vero volontas defuncti, quae... verbis tantummodo coram probatione promulgata patuerit, se borne à dire la loi des Wisigoths.

(5) Jugement de 821, dans *Hist. du Languedoc*, t. II. Preuves, n° 57, col. 134.

de trois sans plus. Il est hors de doute qu'on n'en exigeait pas davantage.

Le testament olographe figure aux *epitome* dans les mêmes conditions qu'au Bréviaire : il faut et il suffit qu'il soit entièrement écrit de la main du disposant (1). La *lex Wisigothorum* au contraire renchérit sur les exigences romaines : elle impose en outre la mention de la date et la signature du testateur. Elle insiste avec quelque détail sur ces règles des « écritures olographes », auxquelles elle consacre un paragraphe spécial (2). Le fait semble indiquer que ce mode de tester était assez répandu dans le royaume des Wisigoths. Nous pouvons affirmer en revanche qu'il en était tout autrement dans l'Empire franc : peu usité au VIe siècle (3), le testament olographe ne jouit pas d'une plus grande faveur aux siècles suivants. Je ne crois pas que pour la période qui nous occupe un seul exemple en soit parvenu jusqu'à nous (4). Il n'avait plus de raison d'être au milieu des courants nouveaux qui dirigeaient l'évolution des actes à cause de mort. Le disposant songeait-il longtemps d'avance à régler la dévolution de ses biens pour le

(1) Nov. Valentinien III, t. IV, c. 2. Ép. Aeg. Guelph. Lugd. Mon.

(2) II, 5, § 16. Quia interdum necessitas ita sæpe concurrit, ut solempnitas legum libere adimpleri non possit : ideo ubi qualitas locorum ita constiterit, ut non inveniantur testes, per quos juxta legum ordinem unusquisque suam alliget voluntatem, manu propria scribat ea, quæ ordinare desiderat : ita ut specialiter adnotentur, quæcunque ordinare voluerit, vel quæ de rebus suis habere quemque elegerit. Dies quoque et annus habeatur in eis evidenter expressus. Deinde toto scripturæ textu conscripto, rursum auctor ipse subscribat.

(3) Voir *supra*, p. 43.

(4) Aredius a écrit son testament entièrement de sa main, et il tient cependant à le faire signer de témoins en nombre compétent : quem ego ipse Aredius manu propria scripsi, et testibus numero competenti tradidimus subscribendum.

temps où il ne serait plus? Il rassemblait tous ceux qui s'intéressaient à lui-même ou à sa fortune, et confirmait avec leur assistance la charte contenant ses volontés suprêmes : la cérémonie était plus simple, dans le détail, qu'à l'époque impériale; elle n'était pas, dans l'ensemble, d'aspect moins solennel. Était-il au contraire surpris par la mort, et pressé de laisser quelque pieuse libéralité pour le salut de son âme? Il se hâtait de confier à ceux qui l'entouraient ses chrétiennes intentions, et il suffisait alors que ses désirs fussent connus de façon certaine pour qu'ils prissent valeur juridique.

II

Formes anormales.

La loi des Wisigoths accorde aux voyageurs ou aux soldats en campagne de larges facilités pour tester. Ils pourront prendre même des esclaves comme témoins (1). Peut-être est-ce un souvenir du testament militaire de la Rome impériale : c'est en tous cas l'indice de la faveur dont jouissaient les dispositions *mortis causa* : on ne veut mettre personne dans la nécessité de mourir intestat, et on indique avec complaisance à ceux qui partent pour une expédition dangereuse les moyens très simples qui leur permettront de laisser un acte de dernière volonté.

(1) II, 5, § 13. Walter, t. 1, p. 461. Qualiter firmantur voluntates eorum, qui in itinere moriuntur. In itinere pergens, aut in expeditione publica moriens, si ingenuos secum habeat, voluntatem suam propria manu conscribat. Quod si litteras nescierit, aut per languorem scribere non potuerit, eandem voluntatem servis insinuet.

Intéressant à ce titre, et comme indice des sentiments qui animaient le législateur wisigothique, le texte relatif au testament des voyageurs ou des militaires n'a pas de portée juridique lointaine ; il ne met en jeu aucun principe essentiel du droit. Tout au contraire, les partages d'ascendant et les testaments conjonctifs sont des institutions très particulières qui méritent une analyse attentive.

Le Bréviaire exemptait des solennités testamentaires l'écrit par lequel le chef de famille répartissait ses biens entre ses enfants ou petits-enfants, pourvu qu'il s'agit de descendants par les mâles (1). Il autorisait en outre de père à fils les fidéicommis en forme quelconque (2). Les *epitome* reproduisent ces dispositions, mais avec une tendance très marquée à en élargir la portée. L'indication de Paul relative aux fidéicommis est exactement répétée par les *epitome Aegidii, Guelpherbytani, Monachi* : mais les facilités octroyées aux partages d'ascendant sont développées en un double sens : d'une part on cherche à faire bénéficier tous les enfants ou petits-enfants, de sexe et de degré quelconque, de la faveur que le Bréviaire réservait aux descendants par les mâles ; d'autre part on est tenté d'étendre le texte au delà du domaine de la forme, et de proclamer à tous points de vue la liberté du père. Tandis que la *Scintilla* et l'*epitome* Monachi restent quelque peu hésitants et obscurs, l'*epitome Guelpherbytani* supprime toute restriction fondée sur le sexe, et l'*epitome Aegidii* proclame en termes absolus, sans condition d'aucune nature, la validité d'un partage effectué par le père ou l'aïeul paternel (3).

(1) Voir *supra*, p. 46. – C. Th. II, 24, c. 1.

(2) Voir *supra*, p. 81. — Paul, IV, 1, § 11.

(3) Voici le texte de cet *epitome* (C. Th. II, 24, c. 1.) Quando facultas patris vel avi paterni inter filios vel nepotes dividitur,

Les praticiens ne devaient pas manquer de profiter de cette tolérance : il est même probable qu'ils l'ont introduite avant qu'elle ne fût dogmatiquement consacrée en des textes semi-législatifs. Deux formules de Tours invoquent expressément la constitution du Bréviaire ; elles en citent le contenu, ou pour mieux dire elles reproduisent le principe plus large de l'*epitome Aegidii*. L'une d'elles (1) utilise ces prémisses pour établir la représentation au profit des enfants nés d'une fille prédécédée. Il est aisé de constater les déviations que subit ici le droit écrit : on fait intervenir en faveur des enfants d'une fille un texte qui ne concernait que les enfants d'un fils ; on emploie, pour conférer une vocation héréditaire à des êtres qui en étaient privés, un partage d'ascendant qui originairement ne pouvait que délimiter les droits d'héritiers légalement appelés. L'autre formule (2) en prend plus à son aise encore avec le texte de la *lex romana*. Elle le place en tête d'une charte de donation entre-vifs, dont le but est d'assurer un préciput à un *filius* ou à un *nepos*. L'acte

eorum voluntas sine reptitione consortis in omnibus debet custodiri.

(1) Turon, 22 (Zeumer, p. 147 ; Roz. 131). Epistola, qualiter nepotes in loco filiorum instituntur ab avo. Quicquid filiis vel nepotibus de facultate patris cognoscitur ordinasse, voluntatem ejus in omnibus lex Romana constringit adimplere. Ideoque ego in Dei nomine ille dulcissimis nepotibus meis illis. Dum, peccatis meis facientibus, genetrix vestra, filia mea illa, temporis naturæ suæ complevit, etc...

(2) Turon. 21 (Zeumer, p. 146 ; Roz. 166). Carta, qualiter pater filium vel nepotem de rebus suis meliorare potest. « Quicquid pater unumquemque de filiis vel nepotibus habere voluerit, hoc sibi secundum legis ordinem sine consortis repetitione defendat ; nec presumat aliquis contra voluntatem patris agere. » Igitur ego in Dei nomine ille dulcissimo filio, vel nepote, illo. Cedo tibi cessumque in perpetuum esse volo et de meo jure in tua trado dominatione, etc... totum et ad integrum, a die presente tibi volo esse concessum atque indultum...

réalise donc une opération à laquelle est étranger son préambule d'emprunt ; celui-ci n'est plus compris, au moins dans sa signification précise et technique : on ne sait y voir qu'une affirmation vague du pouvoir paternel. Une fois de plus la lettre a survécu à l'esprit.

En ce qui concerne la mère, trois des *epitome* copient le passage du Bréviaire (1) l'autorisant à opérer entre ses fils une répartition de ses biens, qui deviendra définitive si elle meurt sans l'avoir révoquée. Mais il ne paraît pas que ce texte ait été d'une application fréquente, et même un quatrième *epitome* (2) semble n'y voir qu'une allusion à l'acte par lequel la mère distribuerait sa fortune à ses enfants, actuellement et irrévocablement.

Le testament conjonctif est celui qui émane de deux personnes consignant ensemble dans un même acte leurs dispositions de dernière volonté. Ce sont surtout les époux qui songent à fondre ainsi leurs testaments, comme ils ont fondu leurs intérêts moraux, et dans une certaine mesure leurs intérêts matériels. Le Bréviaire les autorisait déjà à s'instituer mutuellement héritiers l'un de l'autre par une charte commune, pourvu qu'ils n'eussent pas d'enfants, et moyennant l'observation des règles de forme des testaments (3). Les *epitome* reconnaissent ces sortes d'actes en termes à peu près identiques (4). Mais les documents de pratique nous font assister à une rapide déformation. Le texte qui s'écarte le moins du droit du Bréviaire est une

(1) C. Th. II, 24, c. 2. — Ep. Aeg. Mon. Scintilla.

(2) *Epitome Guelpherbytani*.

(3) Voir *supra*, p. 48. — Nov. Valentinien III, t. IV, c. 1.

(4) Ep. Aeg. Ludg. — L'*epitome Monachi*, qui copie fidèlement l'*interpretatio*, ne rappelle pas plus que celle-ci la nécessité de témoins aussi nombreux que pour un testament normal. — L'*epitome Guelpherbytani* ne contient aucune allusion aux formes et ne parle même pas de l'unicité d'acte.

formule de Marculfe (1). En la forme, c'est un véritable testament, souscrit des disposants et des témoins, clos et scellé pour être soumis, après le décès de ses auteurs, à l'ouverture et à l'enregistrement solennel. Les époux s'instituent réciproquement héritiers ; mais on n'exige plus qu'ils n'aient pas de descendants : la formule suppose, au contraire, que chacun se donne comme héritiers, outre son conjoint, les enfants issus du mariage. Il en résulte des complications que la *lex romana* ne prévoyait pas : il faut déterminer quels droits appartiennent à chacun des héritiers inscrits. On commence par désigner les biens qui composeront les parts des fils et des filles ; on ajoute quelques libéralités pieuses. Puis le mari assure à sa femme, en valeur sinon en nature, la tierce part des acquêts à laquelle elle peut prétendre, en vertu sans doute d'une coutume en voie de formation (2). Comme une partie des biens dont s'est enrichi le ménage est destinée aux enfants ou à l'Église, il faut modifier l'assiette du droit de la veuve. On le fait porter sur certains immeubles indivi-

(1) Marc. II, 17 (Zeumer, p. 86 ; Roz, 129).

(2) Le texte de la formule indique nettement ce droit de la femme survivante : dum in villas aliquas, quas superius nominavimus, quas ad loca sanctorum vel heredes nostris depotavimus, quod pariter, stante conjugio, adquæsivimus, predicta conjux nostra tertia habere potuerat, propter ipsa vero tertia villas nuncupantes illas, sitas in pagos illos, in integritatæ, si nobis suprestis fuerit, in compensatione recipiat, et quicquid exinde pro commune mercede vel in pauperibus aut bene meritis nostris facere decreverit, licentiam habeat, vel post ejus discessum, si aliquid intestatum remanserit, heredes nostri recipiant. — Or, au temps de Marculfe et dans la région parisienne pour laquelle il écrivait, aucun texte officiel ne consacre cette participation de la veuve aux biens acquis durant le mariage. Ce n'est que la loi Ripuaire qui en fait mention (XXXVII, 2). On est alors amené à penser que, dès le VIIe siècle et dans toutes les tribus frankes, la coutume tendait à accorder à la femme, au cas de prédécès du mari, la tierce part à laquelle fait allusion notre formule.

dualisés qui lui appartiendront à titre privatif si elle survit à son mari. Celui-ci, sur le reste de sa fortune, lui attribue un droit d'usufruit, sous la condition qu'elle ne convole pas en secondes noces. D'un autre côté, l'épouse laisse à son époux, au cas où elle prédécéderait, la totalité de sa fortune, y compris la tierce part des acquêts (1). On voit donc que ce testament conjonctif, pareil en la forme à ceux que règle le Bréviaire, en est au fond assez différent.

Au contraire le fond se maintient sous une forme modifiée dans une des formules d'Anjou (2). Les époux n'ont pas d'enfants, et chacun institue son conjoint, s'il survit, héritier de tout le disponible, c'est-à-dire des trois quarts, en ne réservant à ses parents que la quarte de rigueur. Voilà qui rappelle exactement les données du Bréviaire, et l'intention de s'en inspirer est évidente, car on lui emprunte le nom du droit qui fait question : *jus liberorum*. Mais les formes testamentaires sont abandonnées : plus de témoins ni de cachets. De fait, l'*interpretatio* n'était pas très explicite à ce sujet ; elle ne contenait qu'une allusion incidente à la réglementation testamentaire. Les rédacteurs de la formule n'y prennent plus garde ou ne la comprennent plus. On pense que le texte dans son ensemble se réfère à une *epistola* entre-vifs ; volontiers même on croirait l'adjonction d'une clause pénale nécessaire pour valider la convention (3). On estime, il est vrai, que le

(1) Omni corpore facultatis meae, quantumcumque ex successione parentum habere videor, vel in tuo servitio pariter laboravimus, et quod in tercia mea accepi. — Cette phrase achève de montrer combien était certain et solide le droit de la femme à la tierce : elle en dispose, c'est donc qu'il fait partie de son patrimoine.

(2) Andec. 41 (Zeumer, p. 18 ; Roz, 247). Incipit jus liberorum.

(3) Non est necessi adnecte inserrere, nam pro rei tucius fir-

silence de l'interprétation dispense de cette précaution, et cependant pour plus de sûreté on fixe une amende que devront payer ceux qui essayeraient de violer la teneur de l'acte. Enfin l'enregistrement semble prévu comme immédiat et destiné à se réaliser du vivant même des disposants. Tous ces traits indiquent un véritable contrat. Dans le royaume des Wisigoths, les époux vont jusqu'à confirmer par serment la charte dans laquelle, sous le nom de *jus liberorum*, ils attribuent au survivant l'ensemble de leur double fortune (1). Un droit héréditaire est assuré immédiatement et irrévocablement au bénéficiaire (2): nous sommes en présence d'une institution contractuelle

metate, ut robuscius inter nus conlata, et de nobis aut qui contra hanc cartole textum aliquas molestias aut refrecacione, objeccione conaverit inserere, inferit inter vobis et sociente fisco, auri liberas quinque, argento ponda X coactus exsolvat, et hec cartole textum firmior obteniat effectum ; gestis municipalis sit oblegatum, ut in perpetuum plenius obteniat effectum. — La première phrase, telle quelle, est incompréhensible en elle-même ; un mot manque, et c'est *pœna* ou un terme équivalent qu'il faut suppléer. Le sens général du texte commande cette correction, et nous lisons dans d'autres formules un passage analogue, mais avec le mot *pœna*. Marc. II, 4 (Zeuner, p. 76 ; Roz, 345, § 1) : Licet in cessionibus pœnam adnecti non sit necesse, sed nobis pro omni firmitate placuit inserendum. — Addit. Tur. 1 (Zeumer, p. 159 : Roz, 195) : In cessionibus vero licet pœna non inseratur, mihi tamen pro rei totius firmitatis placuit inserendum. — Addit. Flav. 1 (Zeumer, p. 489 ; Roz, 196) : Licit vero in cessionibus minime est necesse pene inserere, sed tamen pro rei totius firmitatis mihi complacuit intimare. — Cf. Bluhme, Ueber die Bekräftigungsformeln, dans Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, t. III, p. 212.

(1) Form. Wis. 24 (Zeumer, p. 587). Aliud jus liberorum. — Quod etiam juratione confirmamus : prae divini nominis majestatem futurumque resurrectionis tremendi judicii diem atque regnum gloriosissimi domini nostri ill. regi gentique suae salutem.

(2) Le texte cité à la note précédente continue : quia hoc, quod propria et prona voluntate conscripsimus, omni stabilitate per-

temporaine. Du testament conjonctif tel que l'avaient organisé les empereurs, on conserve l'idée et l'inspiration : il ne pouvait en être autrement à une époque où la doctrine chrétienne du mariage pénétrait jusqu'au fond des esprits et des mœurs, où l'union des époux devenue plus intime entraînait des conséquences juridiques plus certaines, où la communauté de vie se complétait peu à peu par une communauté de patrimoine. Mais la technique ancienne était vouée à une rapide disparition : le testament conjonctif en sa forme romaine présentait trop d'analogie avec un contrat pour que les influences antitestamentaires venues de Germanie ne fissent pas de la ressemblance une identité : l'acte à cause de mort devait devenir et devint un acte entre-vifs.

Le Bréviaire ne prévoyait le testament conjonctif qu'en tant qu'il réalisait un don mutuel des époux entre eux. Nous avons vu dans une formule de Marculfe qu'on y ajoutait des dispositions en faveur des enfants et des libéralités pieuses : parfois ces libéralités pieuses furent la raison d'être et l'unique objet des testaments conjonctifs. Grégoire de Tours (1) nous montre deux époux instituant d'accord une église héritière. C'eût été un barbarisme monstrueux aux yeux des jurisconsultes classiques, pour qui le testament était un acte essentiellement individuel. Mais on s'éloignait chaque jour davantage de l'individualisme romain, et les époux prenaient l'habitude de figurer de concert aux actes de la vie civile.

Il arrive aussi que deux personnes autres que

maneat, et neque a nos neque a quemquam hæredum nostrorum aut ex transverso in lite veniente persona hoc aliquatenus possit infringi.

(1) De gloria confessorum, c. 64 (Mon. Germ., in-4°, SS. R. M., t. I, p. 785) : Duos in hac urbe (Lyon) fuisse ferunt, virum scilicet et conjugem ejus, senatoria ex gente pollentes, qui absque liberis functi, heredem ecclesiam dereliquerunt.

des époux se réunissent pour laisser un testament commun. C'est ainsi que saint Yrier (Aredius) et sa mère sainte Pélagie sont coauteurs d'un même testament (1). La charte, écrite de la main du fils, est rédigée au nom des deux. Peut-être sainte Pélagie jouissait-elle dans les biens de son fils de quelque droit qui rendait son concours nécessaire aux aliénations; peut-être saint Yrier a-t-il voulu par déférence associer sa mère à un acte aussi important, bien que la présence de celle-ci ne fût pas légalement requise. En tous cas le rôle principal est joué par saint Yrier; c'est lui qui dispose et ordonne: sainte Pélagie semble s'être bornée à approuver et à consentir, sans que rien fût émané de son initiative (2).

On pourrait être tenté de voir encore un testament anormal d'une autre espèce dans une formule de Sens (3), par laquelle un père appelle ses enfants naturels à son hérédité (4). En réalité il s'agit d'une opération toute différente. La légitimation par mariage subséquent n'est plus possible; le père s'excuse de n'avoir pas régularisé sa situation vis-à-vis de sa concubine; il cherche à réparer le passé et veut que ses enfants viennent à sa succession *légitime* (5). Il charge un ami de faire insérer l'acte exprimant ce désir aux archives municipales, et les formules suivantes nous font assister à la cérémonie (6). Il se peut

(1) Pardessus, t. I, p. 136 (anno 572).

(2) Cf. Prolégomènes, t. I, p. 37.

(3) Cart. Sen. appendix 1 (a) (Zeumer, p. 208; Roz. 130).

(4) De fait, M. Glasson (*l. c.* t. III, p. 35), prononce à ce propos le nom de testament.

(5) Volo, ut predicti filii mei omni corpore facultatis meis in pago illo, in loca denominantes illos et illos, in *legitimam* successionem debeatis adire et apprehendere.

(6) Cart. Sen. appendix, 1 (b. c. d.) (Zeumer, p. 209; Roz. 261, § 1, 2, 3). De Rozière a été mal inspiré en séparant ces textes du précédent. Dans le manuscrit, la rubrique du premier annonce

que les passages du Bréviaire relatifs à la légitimation par oblation à la curie (1) aient exercé quelque influence sur cet ensemble de textes. Lorsque le système fiscal qui régissait le mode de recrutement des curiales a été oublié, on a tant bien que mal adapté les textes concernant cette classe de citoyens à d'autres catégories de personnes ; peut-être a-t-on amalgamé l'appareil extérieur qu'ils décrivaient avec la liberté de disposer au profit des enfants naturels, que consacrait le droit de Justinien et que l'*epitome Novellarum Juliani* faisait connaître à l'Occident (2). On a finalement abouti à une institution d'héritier qui réalisait une légitimation au moins partielle, mais qui en toute hypothèse restait un acte entre-vifs irrévocable (3), ne participant en rien à la nature du testament.

tous les autres : *Donatio ad filios. Gesta.* C'est à tort que De Rozière a transporté ce dernier mot en tête du texte c (Zeumer, p. 209; De Roz., t. I, p. 317, note 1).

(1) Nov. Th. XI, c. 1. Interpr. : ..... si vero legitimos filios non habuerit, et naturales habuerit, et eos heredes fortasse facere voluerit, non aliter poterit, nisi ut primitus eos corpori curiæ sub gestorum testificatione conjungat, et sic, si voluerit, integros ad eos sive donatione sive testamento heredes scribendo transferre poterit facultates.

(2) La première formule débute ainsi : lex et consuetudo exposcit, ut, quæcumque persona naturales filios habuerit et alios plures non habuerit, si eos in sua voluerit instituere hereditate, qualiter in suum potius arbitrium ad faciendi de id pater hoc, quod in eos voluerit, liberam habeat potestatem. On pense d'ordinaire que la *Lex* en question est la constit. 82, c. 12, de l'*epitome Juliani*. — *Contra* : Zeumer, p. 208, note 1 ; Thévenin, *Textes*, p. 39, note 2.

(3) Les conditions de l'enregistrement ne permettent pas d'en douter.

III

Enregistrement.

L'enregistrement à la curie avait pris au VI[e] siècle une importance plus considérable qu'à aucun autre moment du développement du droit romain, et il conserva pendant un certain temps, avec une physionomie caractéristique, une place prépondérante parmi les opérations juridiques.

La loi des Wisigoths s'en occupe avec insistance, mais elle en modifie à la fois le but et le mécanisme. Il ne paraît plus qu'aucune arrière-pensée fiscale occupe l'esprit du législateur. Comme il a simplifié et réduit à l'appareil le plus rudimentaire la confection même du testament, il cherche à organiser, après le décès, une procédure qui complète la première, et empêche les fraudes comme les accidents. Dans cette intention il ordonne une *publicatio* de l'acte devant l'autorité religieuse ou judiciaire. Quand le testament est écrit et solennel, on doit en l'ouvrant s'assurer qu'il présente toutes les garanties nécessaires d'authenticité et de sincérité : si le testateur, qui doit souscrire, s'est contenté d'imprimer son cachet, un des témoins explique sous serment la raison de cette irrégularité; si le testateur, ne pouvant ni signer, ni sceller, a été remplacé par un huitième témoin, les huit témoins ensemble jurent que tout s'est loyalement passé, et que le texte du manuscrit reflète avec fidélité les intentions du *de cujus* (1). Pour les testaments oraux, les témoins

(1) Lex Wis., II, 5, c. 12 ; Walter, p. 460. Id tantum magnopere procurandum est, ut scripturæ illæ, quæ secundum primi et secundi ordinis confectionem sunt alligatæ : id est, sive quæ auc-

déposent sous la foi du serment des dernières volontés du défunt : on dresse procès-verbal, et ils signent le document ainsi que de nouveaux témoins instrumentaires (1). Lorsque par exception des esclaves ont recueilli l'expression des dernières volontés de leur maître, l'évêque et le juge s'assurent spécialement de leur bonne foi, et l'acte écrit rédigé conformément à leur déclaration, signé des représentants de la puissance publique, est fortifié par l'autorité royale (2). S'agit-il enfin de testaments olo-

toris et testium manu subscriptæ, seu quæ utrarumque partium signis extiterint roboratæ, infra sex menses juxta legem aliam sacerdoti pateant publicandæ. Et si forsitan contigerit, ut in hujusmodi scripturis auctor, qui suscribere debuit, signum impresserit, hoc ipsum testis, qui in eadem scriptura subscriptor accessit, jurare curabit, quia signum ipsum a conditore factum extiterit, et tunc stabilis erit. Illæ vero scripturæ, quæ sub tertii ordinis alligatione sunt editæ : id est, in quibus advocatus a conditore legitimus testis subscripsit, tunc omni habeantur stabiles firmitate, quando infra sex menses, et ille qui in eadem scriptura ad vicem morientis subscriptor accessit, et reliqui testes qui ab eo rogati sunt, coram judice conditionibus factis juraverint, quod in eadem scriptura, a se subscripta nulla sit fraus impressa, sed secundum voluntatem ipsius conditoris habeatur conscripta, et quod ab eo, qui eam condere voluit rogati extitissent ut in eadem scriptura subscriptores accederent, et ad vicem conditoris eam legitime roborarent.

(1) II, 5, c. 12, Walter, p. 461. Illa vero voluntas defuncti, quæ juxta quarti ordinis modum verbis tantummodo coram probatione promulgata patuerit, quæ instante quocunque periculo conscribi nequiverit, et tamen ab eo qui moritur jussa fuerit alligari, tunc robur plenissimum obtinebit, si testes ipsi, qui hoc audierint et rogati a conditore extiterint, infra sex mensium spatium, hoc quod injunctum habuerint, sua coram judice juratione confirment ejusdemque juramenti conditionem tam sua quam testium manu corroborent.

(2) II, 5, c. 13. Walter, p. 461 : ..... voluntatem servis insinuet : quorum fidem episcopus atque judex probare debebunt. Et si nullatenus antea fraudulenti fuisse patuerint, quod sub juramenti testatione protulerint conscribatur, et sacerdotis atque judicis subscriptione firmetur ; ac postmodum auctoritate regia roboratum, firmum quod decreverit habeatur.

graphes? On procède à une vérification d'écriture, à la suite de laquelle le magistrat, civil ou ecclésiastique, assisté de témoins, confirme l'acte en l'apostillant de sa signature (1). En toute hypothèse, la cérémonie doit avoir lieu dans les six mois (2). Le point de départ du délai est d'ordinaire la mort du disposant; pour le testament olographe, on le retarde jusqu'au moment où la charte parviendra entre les mains de celui qui doit en recueillir l'émolument (3). Lorsqu'il y a des témoins, comme c'est la règle très générale, ils sont tenus, dans le même délai de six mois, d'avertir le bénéficiaire (4). Bref, la *publicatio* wisigothique tend à parfaire un acte que le testateur s'est contenté d'ébaucher : on substitue à des témoignages et à des écrits susceptibles de varier ou de disparaître un document certain et inattaquable.

Dans l'Empire franc, on suivait les indications de la *lex romana* de plus près qu'aux pays wisigothiques. Les *epitome* reproduisent très nettement les dispositions de l'*in-*

(1) II, 5, c. 16. Walter, p. 462. Quam sacerdos vel judex allatis sibimet tribus aliis scripturis, in quibus testatoris subscriptio reperitur, ex earum contropatione considerent, si certa et evidens scriptura est, quam idem conditor holographa ratione conscripsit: et dum ista præviderint, eadem chartula quæ offertur, vera nihilominus habeatur, atque etiam continuo sacerdos ipse vel judex, sive alii testes idonei, eandem holographan scripturam sua denuo subscriptione confirment, et sic voluntas ipsius testatoris plenissimam obtineat firmitatem.

(2) II, 5, c. 12. Voir *supra*, pp. 261, note 1, et 262, note 1. — *Adde*, II, 5, c. 14 ; Walter, t. I, p. 462. Scripta voluntas defuncti, ante sex menses coram quolibet sacerdote vel testibus publicetur.

(3) II, 5, c. 16. Walter, t. I, p. 462 : Et dum hæc scriptura infra XXX annos ad eum, in cujus nomine facta est, vel ad successores ejus pervenerit, eam Episcopo vel judicis infra sex menses non differat præsentare.

(4) II, 5, c. 12. Walter, t. I, p. 461. Qui teste infra sex menses procurent illi denunciare, in cujus nomine per talem ordinationem res translata dinoscitur extitisse.

terpretatio. Tous enseignent que la solennité doit se passer devant la curie (1); seul l'*epitome Aegidii* admet une compétence concurrente du *judex* (2). Le cérémonial reste le même qu'à l'époque antérieure; les témoins reconnaissent leurs cachets, on ouvre le *codex*, on le lit et on l'insère aux archives municipales (3). Seulement, lorsque le testament est oral, les *epitome*, à l'exception de l'*epitome Guelpherbytani*, exigent un serment dont ne parlait pas le Bréviaire (4). Un délai, dont le minimum entre présents est de cinq jours à partir du décès, est imparti pour l'accomplissement de la formalité (5). Celle-ci est d'ailleurs imposée en termes tout à fait impératifs, comme un préliminaire indispensable de l'exécution (6). Le soin avec lequel les *epitome* suivent les prescriptions du Bréviaire jusque dans les détails indique qu'ils décrivaient une institution bien vivante. C'est en effet le résultat auquel aboutit l'examen des documents de pratique (7).

Pendant tout le cours du VIe siècle, l'enregistrement est un fait normal, naturel, que les contemporains ne remarquent même pas, et dont nous ne sommes avertis qu'indirectement, par des mentions incidentes (8). Au VIIe siècle, les testateurs prennent l'habitude de prévoir l'enregistre-

(1) C. Th., IV, 4, c. 4. Ep. Guelph. Lugd. Mon. Scintilla. — Paul, IV, 6, § 2. Ed. Guelph.
(2) C. Th., IV, 4, c. 4. Ep. Aeg.
(3) Paul, IV, 6, § 1. Ep. Aeg. Guelph. Mon.
(4) Nov. Th., IX, c. 1. Ep. Aeg. Mon. Scintilla.
(5) Paul, IV, 6, § 3 Ep. Aeg. Guelph. Mon.
(6) C. Th., IV, 4. c. 4. Ep. Aeg. Guelph. Lugd. Mon. Scintilla. — Nov. Th., IX. c. 1. Ep. Aeg. Guelph. Mon. Scintilla. — Paul, III, 7, § 14. Ep. Aeg. Guelph. Mon.
(7) Sur l'enregistrement à la curie dans l'Empire franc, voir Brunner. *Zur Rechtsgeschichte der Urkunde*. p. 141. — Stouff. *de formulis*, p. 71. — Giry, *Manuel de diplomatique*, p. 570.
(8) Grég. Tur., *Hist. Fr.*, VI, 45 (SS. R. M., t. I, p. 284); — Vitae Patrum, I, 5 (SS. R. M., t. I, p. 695).

ment; ils le rappellent au cours de l'acte; dans les chartes destinées à rester ouvertes, ils ordonnent par une clause spéciale qu'il y soit procédé (1); lorsque le *codex*, au contraire, doit rester clos et scellé, ils donnent à des hommes de confiance mission d'y pourvoir, au moyen d'une mention écrite à l'extérieur du parchemin (2), ou même d'un mandat rédigé séparément (3). Cet usage se prolonge jusqu'au début du VIIIe siècle : en 721, Widerad, dans son testament, s'inquiète encore de l'enregistrement; mais c'est, à ma connaissance, le dernier testament concret qui y fasse allusion. Une formule de Flavigny, copiée sur le document précédent, reproduit la même mention (4); puis il n'est plus question nulle part d'enregistrer les testaments. La formalité a certainement disparu avant la fin du VIIIe siècle : c'est au même moment que s'est déformé tout l'ensemble de la technique testamentaire. Seulement, par la force des choses, il fallait maintenir pour le testament oral une procédure postérieure au décès. Lorsque les volontés d'un défunt n'ont été confiées qu'au souvenir de quelques individus, on n'en conçoit guère l'exécution, tant que ces personnes, en les exprimant à leur tour, ne leur ont pas donné consistance et valeur. De fait, il semble qu'un document de 821 se réfère à une opération de ce genre (5). Devant les magistrats judiciaires, trois témoins prêtent serment, récitent les dispositions de dernière volonté d'un nommé Adalaldus, et il est dressé acte de la séance. Cette déposition

(1) Andec., 41 (Zeumer, p. 19; Roz. 247). — Form. Wis., 21 (Zeumer, p. 585). — Marc, II, 17 (Zeumer, p. 86; Roz. 129). — Charte de Leodebus (667).

(2) Testaments de Bertran (623); — de Hadoin (642).

(3) Marc. II, 37 et 38 (Zeumer, p. 97 et 98; Roz. 259, § 1, 2, 3).

(4) Flav. 8; Zeumer, p. 476; Roz. 128.

(5) *Hist. du Languedoc*, éd. Dulaurier, t. II, Preuves, n° 57, col. 134 (Thévenin, *Textes*, n° 68).

intervenait-elle au cours d'un procès? Nous n'en savons rien: mais il est évident qu'à la moindre difficulté, il fallait extérioriser et matérialiser les testaments qui n'étaient gravés que dans la mémoire des témoins. Il était élémentaire de prendre d'avance cette précaution. en dehors de tout litige, et pour prévenir les contestations ultérieures. Le testament privé oral ne peut fonctionner dans des conditions satisfaisantes qu'autant qu'il est transformé promptement en un témoignage moins fuyant. dont l'écriture et l'intervention de la puissance publique garantissent la conservation.

IV

Révocation.

Les indications des *Leges* sur les modes de révocation des actes à cause de mort étaient disséminées et incomplètes. Nous avons vu combien il est malaisé de les grouper en un système d'ensemble. Il ne faut pas compter sur une précision plus satisfaisante dans les textes de l'époque franke.

Les *epitome* copient tant bien que mal les indications du Bréviaire. La plupart répètent après l'*interpretatio* qu'en principe un premier testament ne peut être révoqué que par un autre, régulier en la forme. sauf le cas où le disposant désire revenir à la succession ab intestat (1). Mais l'*epitome Guelpherbytani* enchevètre la règle et l'exception en une formule embrouillée, ne comprend ni

(1) Nov. Th.. IX. c. unique. Ep. Aeg. Mon. Scintilla. — C. Th., IV, 4, c. 1. Ep. Aeg. Lugd. Mon. — Gaius, II, 3 (ou XI) § 4. Ep Mon. Seld.

l'une ni l'autre, et déclare que la révocation peut s'opérer même sans réunir cinq témoins (1). Lorsqu'il s'agit de modifier ou de supprimer un legs, les *epitome Aegidii* et *Monachi* indiquent qu'un codicille suffit, à défaut de testament (2). D'autre part, l'*epitome Monachi*, avec son exactitude habituelle, reproduit la sentence de Paul qui écarte la révocation tacite par la constitution en gage ou la remise à titre de fiducie de l'objet légué (3). La vente, au contraire, révoque le fidéicommis, d'après le même *epitome*, joint à l'*epitome Guelpherbytani* (4). On constate plus de cohérence à propos de la péremption décennale : cinq des *epitome* sont d'accord pour en affirmer le principe (5), à la suite de l'*interpretatio*.

Il ne semble pas d'ailleurs que l'ensemble de ce système, si imparfaitement conservé et compris par les *epitome*, ait occupé une grande place dans les préoccupations des praticiens. Il arrivait parfois que le disposant annonçait dans son testament qu'il entendait révoquer tout acte *mortis causa* antérieurement rédigé par lui ; on signalait expressément l'application de la règle fondamentale qu'un second testament révoque le premier (6). Mais les exemples de ces clauses sont rares. On s'inquiète de moins en moins des modes de révocation, parce que la révocabilité elle-même tend à disparaître. Le testament se transforme peu à peu en un acte entre-vifs. Cette métamorphose est le phénomène essentiel d'une évolution interne dont il nous faut maintenant suivre de près les stades successifs.

(1) Nov. Th., IX, c. unique. Ep. Guelph.
(2) Paul. III, 9, § 76. Ep. Aeg. Mon.
(3) Paul. III, 8, § 15. Ep. Mon.
(4) Paul. IV, 1, § 9, Ep. Guelph. Mon.
(5) C. Th., IV, 4, c. 6. Ep. Aeg. Guelph. Lugd. Mon. Scintilla.
(6) Testament de Widerad (721). — Formule copiée sur l'acte précédent (Zeumer, Flav., 8, p. 476 ; Roz. 128).

CHAPITRE II

RÈGLES DE FOND

Tandis que les formes testamentaires perdaient lentement leur aspect primitif et s'éloignaient par degrés du modèle romain, une révolution plus profonde bouleversait l'essence même des dispositions de dernière volonté. Les concepts germaniques s'avançaient à l'encontre des notions romaines, les repoussaient peu à peu, et finalement parvenaient à dominer seuls le droit des actes à cause de mort.

I

Disparition de l'Institution d'héritier.

L'institution d'héritier, fondement du testament romain, en était aussi l'élément le plus intimement national. Ce n'était pas un de ces moules juridiques qui conviennent à tous les temps, à tous les lieux, et où peuvent se couler indifféremment les volontés les plus opposées. C'était l'expression d'idées précises, nées à la faveur d'une certaine religion, d'un certain régime politique, d'une certaine organisation sociale : c'était le résumé d'une civilisation. La cité romaine était constituée par la réunion des *patres-familias* : chacun d'eux représentait une force élémen-

taire, et comme une cellule vivante de ce puissant organisme. Lorsque mourait un chef de famille, sa place ne pouvait pas rester vide ; il fallait qu'un nouveau venu succédât à ses prérogatives, et pour ainsi dire se revêtît de ses attributs. C'est le rôle que jouait l'héritier, continuateur de la personne du défunt. *Eripitur res, manet persona*, pourrait-on dire en retournant un mot célèbre : l'homme a disparu, mais le masque, la représentation de l'individu, subsiste toujours : à la face des dieux, dont les *sacra* restent fidèlement entretenus ; au milieu des comices, où un citoyen continue de paraître sous le nom ancien : sur le terrain des relations juridiques, où un même patrimoine supporte les mêmes droits et répond des mêmes obligations. Mais qui assure cette transmission d'une génération à une autre ? Qui fait monter le jeune dans le rang de l'ancêtre ? C'est le *paterfamilias* lui-même. Il a le droit d'instituer son héritier, et il croirait manquer à sa mission s'il n'usait pas de ce privilège. Rien n'accentue plus vigoureusement l'individualisme de la société romaine. Le chef de famille, magistrat suprême de sa maison, exerce même au delà de la tombe cette souveraineté domestique. Il choisit celui qui prendra sa place, et remet ses pouvoirs à l'élu par une investiture posthume. Se survivre à soi-même comme citoyen, comme père, comme chef, et se survivre en vertu d'un acte volontaire et libre, telle était la raison d'être de l'institution d'héritier, telle en était la signification originelle.

Au VI[e] siècle après Jésus-Christ, les traditions sociales de la Rome primitive étaient bien oubliées, et l'institution d'héritier n'apparaît plus que comme un procédé technique, servant au règlement des intérêts patrimoniaux. Mais le procédé était trop exactement adapté aux conceptions qui en avaient déterminé l'invention pour durer longtemps après elles ; or, les idées qu'il reflétait

si parfaitement étaient précisément combattues par les influences germaniques et chrétiennes. Les Germains ne se souciaient pas de concentrer tous les pouvoirs familiaux aux mains d'un seul, et ils abandonnaient à la loi, ou pour mieux dire à la nature, le soin de régler la transmission des biens des morts. Les chrétiens ne sentaient plus le désir de se survivre corporellement en un autre soi-même : à l'heure suprême, ils songeaient à s'assurer au ciel une éternité bienheureuse plutôt qu'à se créer ici-bas une perpétuité vaine. L'institution d'héritier était une affirmation du moi dans son existence terrestre et dans sa volonté individuelle qui ne s'harmonisait pas avec les sentiments des Francs convertis : elle était vouée à une rapide disparition.

C'est en effet ce que les textes permettent de constater. Il est vrai qu'à lire les *epitome*, on croirait l'institution d'héritier très vivante encore; ils en font souvent mention et en rappellent les règles essentielles (1). Il ne pouvait en être autrement, étant donné le mode de rédac-

(1) Voici. à titre de curiosité, le relevé des dispositions des *epitome*, dont il a paru inutile d'insérer le détail au texte.

Les *epitome Mon.* et *Guelph.* exigent que l'institution d'héritier précède les legs (Paul, III, 8, § 2).

Les *epitome Mon.* et *Seld.* indiquent que, si l'adition d'hérédité ne peut pas produire effet, le testament tombe, et la succession ab intestat est ouverte (Gaius, II, 3, ou XI, § 4).

Les conditions impossibles sont réputées non écrites (Paul, III, 6, § 7. Ep. Aeg. Guelph. Mon. Seld).

De même les conditions immorales (Paul, III, 6, § 8. Ep. Aeg. Guelph. Mon).

Les *ep. Aeg. Guelph. Mon.* reproduisent les conséquences des deux maximes : *semel heres, semper heres* (Paul, III, 6, § 17). et *nemo partim testatus.....* (Code Grég. III, 4, ou VIII, c. 1).

L'*ep. Mon.* copie exactement le texte de l'*interpretatio* relatif à la division de l'hérédité en onces. Les *ep. Aeg.* et *Guelph.* relatent le principe que le testateur peut diviser sa fortune en autant d'onces qu'il lui plaît, mais ils expriment la chose en une

tion de ces petits manuels : l'institution d'héritier tenait trop de place dans la législation romaine et au Bréviaire pour que les abrégés de la *lex romana* en fissent abstraction. Mais la loi wisigothique est muette sur ce sujet, et les testaments concrets, très instructifs en cette matière.

•

phrase maladroite, et ne paraissent pas avoir bien compris ce dont il s'agissait (Paul, III, 6, § 12).

Les substitutions sont l'objet d'une série de confusions. D'abord, le titre que Gaius a consacré à ce sujet (II, 4, ou XII) n'a passé dans aucun des *epitome*. En revanche, certains d'entre eux ont cherché à s'approprier les sentences de Paul qui se rapportent aux mêmes questions (III, 6, § 10 et 11). L'*interpretatio* avait commis quelques erreurs en commentant ces textes (Voir *supra*, p. 60), et l'*epitome Monachi* suit l'*interpretatio*. L'*ep. Guelph.* passe sous silence ce que l'*interpretatio* contenait d'exact, mais répète consciencieusement les contre-sens qu'elle avait commis, c'est-à-dire la division tripartite des héritiers en *instituti*, *substituti*, *scripti*, et la distinction non moins fantaisiste des substitutions *puræ* et *sub conditione*. L'*ep. Aeg.* se borne à rappeler la possibilité des substitutions.

La législation des personnes incertaines ne laisse également que des souvenirs assez imparfaits. L'*ep. Mon.*, peut être aussi le très obscur *ep. Guelph.*, exigent que l'héritier institué soit clairement désigné (Paul, III, 6, § 9).

L'institution des postumes est autorisée par les *ep. Aeg.* (Paul III, 6, § 15 et 16); *Guelph.* (Paul, III, 6, § 17); *Mon.* (Gaius, II, 3, ou XI, § 2; Paul, III, 6, § 15 et 16); *Seld.* (Gaius, II, 3, ou XI, § 2)

Incidemment, les *ep. Mon.* et *Aeg.* reconnaissent aux Eglises et aux pauvres la capacité de figurer dans un testament comme bénéficiaires. L'*ep. Guelph.* permet sans commentaires aux femmes consacrées à Dieu d'instituer qui elles veulent (Nov. Marcien, V, c. unique).

La succession est enlevée à l'héritier indigne qui viole les volontés du défunt, d'après les *ep. Aeg. Guelph.* et *Mon.* (Paul, III, 7 ou 6, § 10). Les *ep. Aeg.* et *Mon.* admettent une exception, lorsque le testament contient des prescriptions contraires aux lois.

Enfin la répartition des héritiers en trois classes, selon qu'ils sont *sui*, *necessarii* ou *extranei*, est maintenue par les *ep. Mon.* et *Seld.* (Gaius, II, 3, ou XI, § 6). Seulement l'*ep. Seld.*, en définissant les *sui*, n'exige plus qu'ils soient, au moment du décès, en puissance du *de cujus*.

nous montrent que la dogmatique des *epitome* était loin de correspondre à la réalité des faits (1).

Pendant tout le cours du VII[e] siècle et jusqu'au début du VIII[e], l'institution d'héritier figure à peu près (2) dans tous les testaments, et généralement dans des conditions conformes aux règles romaines, avant les legs et les fidéicommis (3). Toutefois, dans les régions septentrionales, quelques actes, dès cette époque, présentent des irrégularités. La clause est quelquefois déplacée, et n'apparaît qu'au milieu ou à la fin de la charte (4): ou bien elle n'est plus exprimée avec la précision habituelle, et le mot même d'héritier est absent (5). Au milieu du VIII[e] siècle,

(1) Voir Julien Havet, *Questions mérovingiennes*, p. 26.

(2) *A peu près*, disons-nous, car parmi les formules wisigothiques nous trouvons une *epistola* testamentaire (n° 21; Zeumer, p. 585) et un testament (n° 22; Zeumer, p. 586) qui ne contiennent pas d'institution d'héritier. Or le recueil de ces formules est rapporté au début du VII[e] siècle par MM. Zeumer (p. 574) et Brunner (*Deutsche Rechtsgeschichte*, t. I, p. 402). — Nous ne lisons pas non plus d'institution d'héritier dans le testament de Burgundofara, que l'on date de 632; mais je ne vois dans ce fait qu'un des nombreux indices qui manifestent la fausseté de ce document.

(3) Greg. Tur. *Hist. Fr.* VII, 7 (SS. R. M., t. I, p. 295): testamenta quoque defunctorum, quæ ecclesias heredes instituerant. — In gloria confess. 64 (SS. R. M., t. I, p. 785). — Marc, II, 17 (Zeumer, p. 86; Roz. 129). — Testaments d'Aredius et de Pelagie (572); de Bertran (615); d'Hadoin (642); d'Abbo (739).

(4) Test. d'Adalgyse (voir à l'appendice), qui institue comme héritier le monastère Sainte-Agathe de Longuyon. — Test. de Widerad (721) et formule copiée sur ce document (Flav. 8; Zeumer, p. 476; Roz. 128).

(5) Le fils d'Idda, en disposant de ses biens situés dans le Véxin et le Pincerais, parle de deux basiliques comme de ses héritières; mais il s'agit d'une disposition toute différente des institutions romaines (vers 690). — Erminethrude, qui vivait à Paris, donne à un *dulcissimus filius* une vocation universelle pour recueillir tous les biens dont elle n'aura pas spécialement disposé; mais elle n'emploie pas le mot héritier (vers 700): Si quid in hunc testamentum cuicumque non depotavi, tibi, dulcissime fili, habere

elle tombe complètement hors d'usage. Le testament d'Abbo, en 739, est le dernier document qui en contienne un exemple (1). On peut dire que dès lors le testament romain, avec ses traits caractéristiques, a cessé d'exister, pour ne laisser après lui que le souvenir d'un principe et quelques formules incomprises.

A l'institution d'héritier se rattachaient étroitement les formules d'exhérédation. Elles ne se justifiaient que comme un corollaire de l'institution elle-même, et devaient s'évanouir quand celle-ci serait anéantie. La théorie de l'exhérédation n'était, en effet, qu'un développement de la théorie de l'institution, dont elle supposait l'existence ; lorsqu'on ne créa plus d'héritier par testament, on ne songea plus à enlever par testament une vocation héréditaire. L'usage des exhérédations, formaliste, compliqué et artificiel, subit même une décadence plus prompte que celui des institutions. Nous savons qu'il ne faut pas prendre à la lettre les déclarations des *epitome*, qui continuent à ce propos de consacrer un régime farouche. D'après eux, il faut instituer ou exhéréder *nominatim* tous les *sui* du sexe masculin, à peine de nullité (2) ; la fille omise est armée du

cupio. — Il faut noter d'ailleurs que ces deux actes ne nous sont parvenus que mutilés et qu'ils présentent d'importantes lacunes.

(1) Selon M. Esmein (Cours de l'École des Hautes-Études), la disparition de l'institution d'héritier s'expliquerait et se justifierait par le développement de la clause codicillaire : un testament sans institution d'héritier, mais avec une clause codicillaire, valait comme codicille ab intestat ; à ce titre, toutes les dispositions qu'il contenait recevaient exécution ; on était donc assuré d'arriver à ses fins, même si on négligeait d'instituer un héritier. — Cette conjecture est contredite par les faits : nous verrons plus bas que la clause codicillaire, loin d'entraîner l'omission de l'institution d'héritier, est commandée par elle ; où n'est pas la seconde, la première n'est pas non plus (au moins en général), et l'une comme l'autre disparaissent à la même époque.

(2) Gaius, II, 3 (ou XI), pr. Ep. Aeg. Guelph. Mon. Seld.

jus accrescendi (1); la survenance d'un posthume d'un sexe quelconque, si on n'en a pas fait mention par avance, entraîne la rupture du testament (2). En fait, il est très douteux que ces rigueurs aient été appliquées. D'abord, il ne pouvait en être question dans les pays wisigothiques, car la *lex Wisigothorum* ignore complètement le système. Puis, même dans l'Empire franc, les testateurs ne se préoccupent qu'à peine de la législation théoriquement enseignée. L'exhérédation n'a plus jamais lieu *nominatim*; on n'emploie qu'une formule *inter cæteros* (3), quelquefois vide de sens pour ceux mêmes qui l'écrivent (4); et très souvent la clause fait totalement défaut (5). Le testament d'Abbo est le dernier acte où nous la voyions figurer (6) : elle ne se maintient pas au delà des premières années du VIIIe siècle.

Le sort de la clause codicillaire était lié, lui aussi, au sort du testament classique, car elle avait pour but de parer les nullités multipliées par les jurisconsultes impériaux, et de transformer un testament invalide en un co-

(1) Gaius, II, 3 (ou XI), § 1. Ep. Aeg. Guelph. Mon. Seld. — Paul, III, 6, § 14. Ep. Aeg. Mon.; peut-être Guelph. § 15; mais ce dernier *epitome* est toujours très obscur.

(2) Gaius, II, 3 (ou XI), § 2. Ep. Aeg. Guelph. Mon. Seld.; § 3, Mon. — Paul, III. 6. § 15. Ep. Aeg. Mon.; § 16, Aeg. Mon.; — Guelph. § 16 et 17.

(3) Marc. II, 17 (Zeuner, p. 86; Roz. 129). — Testament de Bertran (615); d'Erminethrude (700); d'Abbo (739).

(4) Voir testament du fils d'Idda (vers 690); — *Supra*, p. 246, note 2.

(5) Il suffit de citer les testaments d'Aredius (572); d'Adalgyse (634); d'Hadoin (642); de Widerad (721).

(6) Voici en quels termes elle se présente dans le testament d'Abbo (Pardessus, t. II, p. 370) : Ego in Dei Nomine Abbo, cum me dispensatio divina de hac luce migrare preceperit, dibitove nature complevero, tunc tu, sacrosancta ecclesia..... heres mihi esto, heredem meam te esse volo, ac jubeo, cæteri, cæteræ exheredis sint tote.



dicille *ab intestat* valable (1). Comme elle était passée dans le style des praticiens, on la rencontre fréquemment aux premiers temps de l'Empire franc (2). Pourtant, dès le VII[e] siècle, elle est souvent oubliée (3), et après le testament d'Abbo, qui l'utilise ainsi que l'ensemble du matériel traditionnel (4), on n'en découvre plus aucune trace. Il n'y a plus lieu d'attribuer subsidiairement à un testament le caractère d'un codicille, puisque le testament n'existe plus avec sa technique propre, et comme acte distinct des codicilles.

II

Legs et Fidéicommis. — Altérations juridiques des actes à cause de mort.

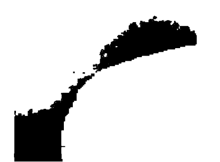
L'institution d'héritier était faite pour le milieu qui l'avait vu naître ; elle ne pouvait pas se façonner à d'autres

(1) Une constitution du Bréviaire contenait une allusion à la clause codicilliaire (C. Th. IV, 4, c. 7) ; mais l'*interpretatio* était déjà moins nette, et les *epitome* ne paraissent pas s'être bien rendu compte de quoi il s'agissait.

(2) Testaments d'Aredius (572) ; de Bertran (615) ; d'Hadoin (642) ; d'Abbo (739). — Elle figure aussi dans les formules wisigothines 21 et 22 (Zeumer, p. 585 et 586), qui pourtant ne contiennent pas d'institution d'héritier.

(3) Elle ne figure pas dans les testaments d'Adalgyse (634), du fils d'Idda (vers 690), d'Erminethrude (700), de Widerad (721), non plus que dans les formules Marc. II, 17 (Zeumer, p. 86 ; Roz. 129), Flav. 8 (Zeumer, p. 476, Roz. 128).

(4) On lit dans ce document (Pardessus, t. II, p. 370) : testamentum condidi..... quod testamentum meum si quo casum, et jure pretorio, vel quale cujus lege adinventionis quae quomodo valere nequiverit, ac si ab intestato, ad vicem codicellorum eum valere volo ac jubeo.



civilisations ; aussi avait-elle été condamnée en Gaule, deux siècles après les invasions, à un anéantissement brusque et total. Au contraire, les legs et fidéicommis n'impliquaient pas nécessairement un état particulier des esprits ni des mœurs ; ces produits juridiques de la Rome républicaine ou impériale pouvaient s'acclimater dans d'autres contrées, parmi des peuples différents. Ils ont, il est vrai, disparu de l'Empire franc, mais plutôt en vertu d'une métamorphose que d'une suppression pure et simple. Ils se sont ouverts aux influences ambiantes ; des énergies nouvelles en ont travaillé la substance, transformé la nature intime, et c'est ainsi que devenus autres, ils ont pu se survivre à eux-mêmes sous une forme régénérée.

Les *epitome*, dans les parties qui traitent de ce sujet, nous font assister à une curieuse décadence des antiques institutions romaines. La jurisprudence de la belle époque avait imaginé des classifications habiles et délicates, au milieu desquelles les abréviateurs du Bréviaire ne se retrouvent qu'à grand'peine. Ils ont cependant l'intention de tenir ferme aux catégories traditionnelles. On consacre encore la division des legs en quatre classes, sauf à l'interpréter quelquefois à contre-sens (1). On rappelle les prescriptions de détail concernant les modalités admises (2). Quant aux fidéicommis, on les distingue soigneusement des legs, et on énumère avec la même complaisance qu'au

(1) Gaius, II, 5 (ou XII, ou XIII). Ep. Mon. Guelph. — L'*ep. Aeg.* semble fondre d'abord les quatre espèces de legs ; puis il ressuscite la distinction à propos d'une difficulté particulière. Paul, III, 8, § 1, 6, 7, 9, 10. — L'*ep. Mon.* indique, à la suite de *l'interpretatio*, une série de conséquences de la classification ; — l'*ep. Guelph.* a la même intention ; mais il est moins net et commet des erreurs (§ 9) ; — l'*ep. Aeg.* note quelques solutions de détail, sans les rattacher à une différenciation des legs en plusieurs catégories.

(2) Paul, III, 8, § 4 et 5. Ep. Mon. Guelph.

Bréviaire les différences qui séparent ces deux ordres de dispositions (1). Une série d'indications, relatives au sujet, à l'objet et aux modalités des fidéicommis, sont exactement copiées sur la *lex romana* (2). La quarte Falcidie est maintenue au profit de l'héritier inscrit, grevé de charges trop lourdes (3). Enfin le système compliqué des fidéicommis d'hérédité est reproduit dans la mesure où on l'a compris : le droit du grevé à la quarte (4) et la possibilité pour l'appelé de contraindre le grevé récalcitrant à une adition forcée (5) figurent aux *epitome* : mais la distinction entre la restitution selon le Trébellien ou selon le Pégasien était bien savante pour la culture juridique du temps : il est très douteux que l'*epitome Monachi* ait voulu se l'approprier, et elle a certainement disparu de l'*epitome Guelpher. ytani* (6). Les autres ne contiennent aucun passage où il soit possible même de la chercher.

Si le droit théorique tendait à devenir confus et flottant, à plus forte raison le droit pratique devait-il abandonner toute réglementation rigide ou simplement précise. La destination des legs et des fidéicommis, celle des quatre classes de legs, la réserve d'une quarte Falcidie ou Pégasienne à l'héritier inscrit (7), tout cela est en fait ignoré des sujets francs. Soustraits aux règles protectrices qui assuraient leur intégrité, les legs et les fidéicommis unifiés n'ont pas tardé à être entamés, même dans ce

(1) Gaius, II, 7 (ou XIV, ou XV), § 8. Ep. Mon. Seld. Guelph.

(2) Gaius, II, 7 (ou XIV, ou XV), § 16. Ep. Mon. Seld. — Paul. IV, 1. Ep. Aeg. Guelph. Mon.

(3) Gaius, I, 6 (ou XIII, ou XIV), Ep. Aeg. Guelph. Mon. Seld. — Paul, III, 11, Ep. Mon. Aeg. Guelph.

(4) Gaius, II, 7 (ou XIV, ou XV), pr. Ep. Aeg. Mon. Seld

(5) Paul, IV, 4. Ep. Mon. Guelph. Seld.

(6) Paul, IV ; titre 2 : *de senatusconsulto Trebelliano* ; titre 3 : *de senatusconsulto Pegasiano*.

(7) Cf. Stouff, *Personnalité des lois*. p. 63.

qu'ils avaient d'essentiel : ils ont subi de graves atteintes, à la fois dans leur physionomie juridique et dans leur efficacité pratique.

La physionomie juridique des legs et des fidéicommis se modifia insensiblement sous l'action combinée des influences germaniques et de certaines tendances romaines. L'horreur de l'acte *mortis causa*, horreur que les Barbares avaient importée d'Outre-Rhin et qu'ils répandaient autour d'eux dans leurs nouvelles patries, favorisait le développement de certains germes contenus dans la législation testamentaire romaine, et d'où pouvaient sortir des variétés d'actes entre-vifs insoupçonnées jusque-là. Les fidéicommis *per epistolam* étaient mûrs pour cette éclosion. L'*epistola* était la forme favorite des praticiens, qui la faisaient servir à des opérations de portée très diverse : libéralités actuelles ou posthumes venaient s'enchâsser dans ce cadre uniforme (1). Mais l'*epistola* convenait surtout aux actes entre-vifs, et elle tendait toujours à ramener à ce type les dispositions qu'on lui confiait. En effet la charte rédigée sous cette forme était remise sans délai au bénéficiaire, et s'il y avait plusieurs gratifiés on préparait plusieurs exemplaires (2) de façon que chacun pût recevoir le sien (3). Or une fois muni d'un titre, le desti-

(1) Voir *supra*, p. 80. — On peut citer à titre d'exemple la plupart des *hereditoriæ* de De Rozière (nos 131, 132, 133, 135, 136, 136 *bis*, 137) et toutes les *donationes inter virum et uxorem* du même éditeur (nos 245-254), à l'exception seulement du *præceptum interdonationibus* (n° 253), émané du roi et réalisant une affatomie. — Parmi les actes concrets : charte de Leodebus (667), codicille de saint Amand (675), charte d'Ansebert (696).

(2) Voir par exemple Tur. 17 (Zeumer, p. 144 ; Roz. 245) ; 18 (Zeumer, p. 145 ; Roz. 246) ; Marc. II. 7 (Zeumer, p. 79 ; Roz. 248) ; Sal. Lind. 13 (Zeumer, p. 275 ; Roz. 251).

(3) Charta qua Leodebus, abbas sancti Aniani plurima dona confert monasteriis sancti Aniani et Sancti Petri Floriacensis (667) : Pardessus, t. II, p. 145 :..... duas epistolas uno tenore

nataire semblait investi d'un droit, qui, pour n'être pas immédiatement efficace, n'en était pas moins protégé par une irrévocabilité de fait. Théoriquement, on conçoit encore la possibilité pour le disposant de défaire par un second fidéicommis ce qu'il a fait par le premier ; mais il est hors de doute qu'en pratique on n'aurait pas compris cette révocation juridique d'une charte matériellement restée aux mains de son bénéficiaire : l'*epistola* livrée au gratifié consacrait définitivement le dépouillement du *tradens*. Il faut se rappeler d'autre part que les Gallo-Romains avaient eu constamment sous les yeux l'exemple des donations à la germanique, dont les modes très variés et la technique très souple s'accommodaient aux situations les plus diverses. Ils devaient les regarder avec une sympathie croissante, et s'attacher de moins en moins au principe distinctif des legs et des donations, principe dont les conséquences tombaient une à une, et que n'annonçait plus l'extérieur de l'acte. Insensiblement, les dispositions à cause de mort sont ainsi devenues des dispositions entre-vifs. A la fin du VIIe siècle et au début du VIIIe, une série de chartes marquent la transition. Tandis que quelques fidèles du vieux droit persistent à rédiger correctement des testaments selon le Bréviaire, d'autres disposants, moins fervents des traditions romaines, façonnent peu à peu à leur usage un type intermédiaire dont il est fort instructif de suivre le développement.

Les chartes expriment de deux façons la tendance nouvelle. Quelquefois c'est l'irrévocabilité qui est directement visée : le donateur se désigne lui-même à la vengeance divine et se condamne à une amende, pour le cas

conscriptas feci de re superius nominata : una quae in archivo domini resideat Aniani, aliam vero partem monasterii domini Petri per futura tempora reservandam recipiat..... Cf. charte de Vandemiris (690).

où il essayerait de se soustraire aux conséquences de l'aliénation par lui consentie (1). Plus souvent encore, il indique que le donataire reçoit *hic et nunc* un droit actuel : *ab hac die, a die præsenti.* Ces expressions se maintiennent et se répandent pendant tout le cours de la période Franke. Elles deviennent techniques pour caractériser une remise immédiate de propriété (2). Dans un même document s'enchevêtrent des clauses entre-vifs et à cause de mort ; tandis que les actes à la romaine s'imprègnent d'influences germaniques, les actes germaniques tolèrent quelques emprunts à la pratique romaine, et cette pénétration réciproque prépare l'unification du droit.

Dès le début du VIIe siècle, les rédacteurs des formules wisigothiques de testament sentent le besoin de détailler les effets de l'acte : il est dit expressément que le testateur, tant qu'il vivra, conservera les biens dont il dispose (3). Cette paraphrase, inconnue des praticiens de l'époque

(1) Les disposants énuméraient les personnes qu'ils soumettaient éventuellement aux châtiments du temps ou de l'éternité, et se plaçaient eux-mêmes en tête de la liste : *si quis vero, quod nec fieri credo, si ego ipse aut aliquis de heredibus meis,* etc..... disaient-ils d'ordinaire. Voir Sen. 42 (Zeumer, p. 204 ; Roz. 137) ; Sen. 45 (Zeumer, p. 205 ; Roz. 135) ; Sal. Merk. 16 (Zeumer, p. 247 ; Roz. 252) ; Andec. 35 (Zeumer, p. 16 ; Roz. 254) ; — Charte de Vandemiris (690).

(2) Marc. II, 17 (Zeumer, p. 87 ; Roz. 129) : *omnem facultatem meam, quod ad usufructu possidere tibi concessimus, vel quod a die presente deputavimus,* écrit le mari en s'adressant à sa femme. — Testament de Widerad (821), et formule Flav. 8 (Zeumer, p. 476 ; Roz. 128), qui n'en est que la reproduction sous une forme abstraite.

(3) Form. Wis. 21 (Zeumer, p. 585) : ea tamen interposita conditione, ut, quousque me Deus omnipotens vivere permiserit, hoc quod ecclesiabus contuli, vel quod unicuique concessi, sive mancipia, quæ libera esse constitui, a me universa possideantur ; post diem vero obitus mei omnes secundum hujus voluntatis meæ tenorem addendi, habendi, tenendi reddidero. — Cf. n° 22, p. 586).

classique, ne s'explique que par l'influence germanique, qui tendait à remplacer les actes *mortis causa* par des donations sous réserve d'un droit de jouissance (1). La seconde moitié de ce même VII[e] siècle nous a laissé nombre d'actes mixtes, partie entre-vifs et partie à cause de mort. Ainsi, la charte par laquelle l'abbé Leodebus dispose de tous ses biens en faveur de deux églises (667) est dans l'ensemble une disposition entre-vifs. L'acte est rédigé en deux exemplaires, remis aux bénéficiaires, et une tradition *in die præsenti* les a rendus propriétaires des immeubles (2). Certains meubles pouvaient faire également l'objet d'une aliénation immédiate, mais on n'en conçoit plus la possibilité pour ceux dont l'abbé a besoin de conserver jusqu'à la mort l'*usus* et l'*abusus*, et dont il n'a peut-être pas encore acquis la propriété : lorsqu'il attribue l'universalité de ses vêtements à la basilique de Saint-Pierre, il faut bien voir dans cette clause un véritable legs (3) ; le droit réel n'appartiendra à la basilique qu'après la mort de Leodebus.

En 690, deux époux règlent l'ensemble de leurs intérêts

(1) Le testament de Burgundofara, s'il était authentique, fournirait dès le début du VII[e] siècle un curieux exemple de donations entre-vifs consommées par la tradition et consignées toutefois dans une charte de forme testamentaire. Mais cette nouvelle singularité prouve simplement que la charte est apocryphe, ou tout au moins que la date de 632 qu'on lui attribue est inexacte.

(2) Pardessus, t. II, p. 143. Dono igitur antedictæ basilicæ domini Aniani, vel monachis ibidem deservientibus, ubi ad præsens, divinitate propitia, funguntur officio, et de jure meo in jus antedictæ basilicæ a die præsenti transfundo, portiones terrulæ...

(3) p. 145 : De vestimentis vero quæ in paupertate mea habere videor, præter id quod superius basilicæ domini Aniani delegavi, reliquum quod superfuerit, pars domini Petri Floriacensis recipiat ad possidendum.

temporels par un acte (1) qui au premier abord paraît se confondre avec les testaments, et que Bréquigny et La Porte Du Theil ont effectivement considéré comme tel (2). Les auteurs du document s'inquiètent de leur sépulture, distribuent de larges aumônes à des établissements religieux, réservent à leurs héritiers la part à laquelle ceux-ci peuvent légitimement prétendre, et s'assurent mutuellement, au profit de celui qui survivra, l'usufruit de tous les biens appartenant à l'un comme à l'autre. Cependant ces résultats sont obtenus au moyen d'une *epistola* entre-vifs irrévocable (3). Le couvent enrichi des plus généreuses offrandes reçoit sans délai, avec le dépôt d'un exemplaire de la charte, la propriété des biens à lui destinés (4) ; l'usufruit seulement est réservé aux époux ou au survivant des deux : il est dès maintenant acquis à chacun, sauf à ne se manifester par un exercice effectif qu'au décès du prémourant (5).

Le caractère testamentaire apparaît au contraire assez nettement dans la charte par laquelle l'évêque Ansebert (696) règle le sort de toute sa fortune pour le temps où il ne sera plus (6). Il laisse à l'église de Saint-Nazaire, à la basilique de Saint-Symphorien, à l'oratoire de Saint-Leo-

(1) Pardessus, t. II, p. 208 (Charte de Vandemiris et d'Ercamberta).

(2) Pardessus ; *Prolégomènes*, t. I, p. 269, n° XI.

(3) Arg. de la clause : si quis vero, quod futurum esse non credo, *seu nosmetipsi* aut aliquis de heredibus nostris, etc...

(4) Tous les termes de l'acte se réfèrent à une aliénation immédiatement consommée : *donamus, donatumque in perpetuum esse volumus*..... L'usufruit que les époux s'attribuent réciproquement n'est constitué que sous réserve des droits des Eglises donataires : stante ista omnia quod superius communi convenientia fecimus.

(5) Convinit ut qui pare suo superstetis aderat, res pare suo possedire debirit.

(6) Pardessus, t. II, p. 237.

degarius, un certain nombre de biens qu'il énumère ; puis il attribue à l'église Saint-Symphorien le reste des acquêts, et à sa sœur l'ensemble des richesses qu'il a recueillies dans la succession de leurs parents communs (1). De plus, il assigne à cette sœur un droit d'usufruit sur tous les biens dont il gratifie des établissements religieux (2). Quoique les formes de cette *epistola* soient très simples, et ne rappellent en rien les solennités des dispositions *mortis causa* romaines, l'acte n'en mérite pas moins le nom de testament, en ce sens qu'il n'est destiné à produire effet qu'à la mort de son auteur : un examen attentif ne permet pas d'en douter. Il ne contient aucune promesse de non révocation, aucune allusion à une tradition immédiate. Au contraire, Ansebert mentionne expressément que les propres ne passeront à sa sœur que si elle lui survit, par conséquent une fois qu'il sera mort. Le droit d'usufruit qu'il lui accorde sur l'universalité des acquêts est assurément dans des conditions identiques (3), et le même carac-

(1) p. 238. Reliqua vero facultate, quicquid nos tempore nostro conquisivimus, quod in ista epistola incommemoratum nobis remansit in quibuscunque locis adcrescere cupimus, ecclesia sancti Symphoriani ut habeat volo. De alodo parentum meorum, quicquid portio nostra in quibuscumque locis vel territoriis, quod portio nostra tam de paterno quam de materno nobis debitum est sub omne supellectile quicquid dici aut nominari potest, dulcissima germana mea Sigolina, *si nobis superstes fuerit,* in omnibus recipiat, et ubicumque pro fidelibus Christi atque ad Ecclesiam Dei delegare voluerit, in omnibus habeat potestatem.

(2) p. 238. De suprascripta facultate quam ad supradictas ecclesias Sancti Nazarii vel Sancti Symphoriani delegavimus, dum ipsa germana mea Sigolina sæculum contemsit, et dum cognovimus jugiter se Christo obtulit et Sanctæ Mariæ in ancillam se tradidit, sub usu et beneficio hoc debeat tenere, et, post ejus discessum, ad suprascriptas ecclesias per istam epistolam integra soliditate delegavimus, cum re meliorata ad ipsas ecclesias debeat pervenire.

(3) Cela résulte du rapprochement des deux clauses : *reliqua*

tère appartient également à une fondation organisée par le pieux évêque. Il institue auprès de l'oratoire de Saint-Leodegarius quatre *matricularii* (1), dont l'entretien doit être assuré au moyen des biens qu'il a assignés aux églises. Mais comme sa sœur est gratifiée de l'usufruit de ces biens, elle devra pourvoir, tant qu'elle vivra, à la subsistance des *matricularii* : c'est seulement après sa mort que la charge pèsera sur le patrimoine ecclésiastique (2). L'ensemble de ces clauses ne se comprend qu'autant que l'exécution en est reportée à une époque postérieure au décès d'Ansebert. La première personne qui devra supporter les frais de la fondation est la sœur du disposant ; or, cette dépense ne lui incombe qu'à partir du jour où commence son usufruit, c'est-à dire à dater de la mort de son frère. En outre, la fondation est encadrée au milieu des libéralités adressées à saint Nazaire, à saint Symphorien, à saint Leodegarius ; elle en est le corollaire et pour ainsi dire le contre-poids : il n'est pas vraisemblable que ces

vero facultate... (*supra*, note 1), et *de suprascripta facultate*... (*supra*, note 2). On ne concevrait pas que l'évêque abandonnât la jouissance globale du *reliquum comparatum*, alors surtout qu'il se réserve celle des propres.

(1) Les *matricularii* sont des employés qui semblent cumuler les fonctions de sacristain, de suisse, de sonneur et d'enfant de chœur. Cf. Du Cange, éd. Henschel, *hoc v°*, t. IV, p. 323, col. 2 et 3.

(2) P. 238 : Et quatuor matricularios qui ad ipsum oratorium domni Leodegarii deserviunt ibidem instituimus ut totum victum atque vestitum de suprascriptis rebus habeant habere, qualiter et illi alii matricularii, qui ad basilicam Sancti Symphoriani deservire videntur, portionem victus et vestitum accipiant. Et pro eo quidquid in ista epistola delegavimus, in usuario germanæ nostræ Sicolinæ concessimus, illos matricularios, et illud lumen ad oratorium domni Leodegarii, et in hoc usu teneat, et debeat procurare : et post ejus discessum, tam pontifex supradictus et ecclesia sancti Nazarii, quam clerici dictæ ecclesiæ Sancti Symphoriani, quantum in ipso strumento instituimus, in Dei nomine debeant procurare.

dispositions, dont l'une appelle l'autre, n'aient pas toutes la même nature juridique. On est d'autant moins autorisé à le supposer que rien n'indique des échéances diverses pour ces multiples clauses. Nous pouvons donc conclure que, dans toutes ses parties, l'acte est à cause de mort. Les deux dispositions à titre universel qu'il contient (1) sont des semblants d'institution d'héritier, mais profondément dissemblables de celles que connaissait la jurisprudence classique : elles enveloppent, l'une les propres, et l'autre les acquêts ; le principe fondamental de l'unité du patrimoine est abandonné.

Les notions romaines sont plus intimement attaquées encore dans un document à peu près contemporain (vers 690), émané d'un inconnu dont la mère s'appelait Idda (2). Extérieurement, l'acte se présente comme un testament. Les règles de forme du Bréviaire sont observées tant bien que mal, et l'auteur copie avec plus ou moins d'intelligence le style des actes romains. Même il institue des églises héritières. Il le dit, tout au moins ; en réalité, cette prétendue institution d'héritier est une opération entre-vifs (3). La clause embrasse, non pas l'universalité

(1) Attribution des acquêts à une Eglise, des propres à sa sœur.

(2) Pardessus, t. II, p. 211 ; — Tardif, *Cartons des Rois*, nº 26, p. 21.

(3) Hæc omnia suprascribta in antegretate, villas ipsas cum domebus, mancipeis, vineis, silvis, pratis, peculiis omnebus, pascuis, aquis aquarumve decursebus, cum omni jure et termenus eorum, sicut hec a me præsenti tempore possedire et domenare viditur, et quantumcumque in supra nomenata loca moriens dereliquero post meum discessum, absque ullius contrarietate vel tradicione, a diæ præsenti, ipsas sanctas basilecas herides meas habendum et possedendum relinco, et hoc, dum advixero, husufructuaria condicione, et absque prœjudicio sanctarum basilecarum tenire et domenare dibeant post meum discessum, ut sæpæ dixi, cum omnebus rebus in se habentes, absque ullius spectata tradicione, ipsas sanctas basilecas et heridis meas ad se recipeant, etc.

du patrimoine, mais seulement les biens situés en certains lieux que l'écrit énumère, et le disposant déclare ne conserver pendant sa vie que l'usufruit des villas qu'il destine à un pieux usage; il n'en jouira que sous réserve des droits par lui conférés aux saintes basiliques, et sans pouvoir leur causer aucun préjudice. Néanmoins la libéralité porte sur les biens à venir. Elle a pour objet les domaines que le donateur laissera à son décès dans les endroits indiqués, et tels qu'ils se comporteront à cette époque. On arrive ainsi à la très curieuse conception d'un individu aliénant des immeubles qui ne lui appartiennent pas encore. Il remet aux bénéficiaires tous les droits de propriété qui lui appartiennent déjà ou qui pourront lui appartenir dans tel canton : lorsqu'une terre nouvelle tombera en son pouvoir, la propriété ne fera que passer sur sa tête sans s'y reposer et ira tout de suite grossir le patrimoine du donataire. Nous saisissons ici sur le vif la transformation de l'institution d'héritier romaine en une donation de biens à venir sous réserve d'usufruit; et par une instructive bizarrerie, dans le testament du fils d'Idda, l'essence de l'institution a disparu sans que le nom d'héritier ait été abandonné.

Ces types juridiques, qui procèdent à la fois de la coutume germanique et de la législation romaine, présentent une variété qui révèle précisément l'incertitude des praticiens et la marche évolutive du droit. Le principe de l'acte entre-vifs, emportant une transmission immédiate de droits réels, se glisse dans des actes auxquels il était antérieurement étranger : il se développe, et par des expédients plus ou moins habiles imite les résultats des fidéicommis ou même des institutions d'héritier. Cependant il reste caché et contrarié par les survivances persistantes de principes inverses : quelques clauses *mortis causa* subsistent encore; un formalisme dégénéré préside à la confection matérielle

de la charte, et ces traditions sont entretenues par l'exemple des testaments proprement dits, que continuent de rédiger certains personnages, réfractaires aux nouvelles tendances.

Mais vers le milieu du VIII[e] siècle, les testaments correctement romains n'existent plus. Les formes se sont désagrégées et l'institution d'héritier s'est évanouie. Les actes mixtes perdent aussi leur cachet de romanisme déjà à demi effacé : les derniers souvenirs des clauses à cause de mort sont emportés par le courant contraire, et l'acte entre-vifs survit seul dans cette lutte d'institutions antinomiques.

Nous constatons son triomphe dès l'année 777, dans le testament de Fulrad, abbé de Saint-Denis (1). Préoccupé de la pensée de la mort et voulant racheter la peine de ses péchés par de pieuses aumônes, il fait tradition de toute sa fortune à son couvent, en se réservant pour le temps de sa vie la *potestas* des biens dont il aliène la propriété. Par le but et le résultat de fait, l'acte équivaut à peu près à un testament : en droit, il n'a rien de commun avec les dispositions *mortis causa*. Il en est de même pour toutes les chartes analogues du siècle suivant. Alors même que, comme saint Rodulfe, on désigne Dieu pour son héritier (2), les prétendus testaments ne sont pas tels

(1) Tardif, *Cartons des rois*, n° 78, p. 61. Voir l'appendice.

(2) *Testamentum* de 856 (Cart. de Beaulieu, n° 16, p. 36). Simul etiam perpendentes, cum nos, divina administrante providentia, in hujus lucis exilium nudos natura profuderit, quot et quantis emolumentis, immo innumerabilibus divinæ pietatis donis in hac vita fulcimus, insuper et talia nobis gratuito munere concessa divinæ pietatis bonitas veluti pro nihilo ducens, nisi comparticipes ac coheredes sibi æternæ beatitudinis faciat, dignum ac justissimum omnimodis judicavimus, ut eum heredem atque participem facultatis ac muneris a se collati ipsum præcipue eligeremus, qui non caducis et transitoriæ, sed æternæ ac semper man-

aux yeux du juriste, puisque toujours ils impliquent un dépouillement actuel et irrévocable du soi-disant testateur (1). Ce n'est pas le décès de leur auteur qui leur donne valeur. Si Alcuin, dans un passage souvent cité (2), définit la mort « la confirmation des testaments », et ailleurs caractérise les testaments par la confirmation que leur donne la mort (3), ce sont là simplement des réminiscences de saint Paul. Le savant abbé le déclare lui-même : *apostolo protestante* (4). Ces textes sont dépourvus de valeur juridique pratique. Ils retracent peut-être la législation idéale dont rêvait un moine philosophe, familier des écrivains de l'antiquité sacrée ou profane ; ils ne prétendent nullement nous renseigner sur le droit usuel, et ne nous empêchent pas d'affirmer qu'au temps de Charlemagne, le testament tel que nous l'entendons n'existait plus.

suræ possessionis nos voluit eligere heredes. — Formule analogue dans le testament de 860 (n° 1, p. 1). — Ces institutions d'héritier ne sont que des invocations pieuses sous la plume du saint évêque. Les deux actes sont à titre particulier; Dieu ou son monastère sont faits héritiers de propriétés déterminées (voir *supra*, p. 206, note 4). Les deux opérations sont également entre-vifs, et se réalisent par tradition; nous lisons dans le document de 856 : quicquid a prædicta loca aspicit, aut aspicere videntur, totum et ad integrum, quæsitum vel exquisitum, a die præsenti, hilari mente promptaque voluntate, Deo salvatori omnium offero, et, in vice Christi, Silvio abbati contrado; — et l'acte de 860 est rédigé dans le même sens. — Cf. Testament de Godefredus (866) ; Cart. de Beaulieu, n° 3, p. 10.

(1) C'est donc à tort qu'on parle, pour ces époques, de *legs pieux* laissés par des mourants à des églises ou des couvents. Nous voyons des malades adresser des libéralités à des établissements religieux, mais l'opération se réalise par donation entre-vifs. Cart. de Redon; acte de 833, n° 7, p. 7; actes de 834, n° 4, p. 4, et n° 122, p. 92.

(2) Reproduit par Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, 15e éd., t. II, p. 191.

(3) Voir *supra*, p. 223, note 2.

(4) Hebr. IX, 17.

Cette vérité, absolue pour le nord de la France et les régions qui formeront plus tard les pays de coutumes, comporte un tempérament au midi, pour les futurs pays de droit écrit. Là les traditions romaines sont restées plus vivaces, et l'acte à cause de mort n'a jamais été anéanti. Sans doute, les donations barbares ont pénétré jusque dans ces contrées; sans doute aussi le testament s'y est décomposé comme au nord : il n'est plus question ni des solennités du Bréviaire, ni de l'institution d'héritier; mais l'idée maîtresse des dispositions de dernière volonté subsiste. Elle est affaiblie au IX[e] siècle, et lorsqu'on la met en œuvre, on sent le besoin d'en préciser les effets. Il n'en est pas moins vrai que les *testaments* de Dadila (1) et de Spaneldès (2) méritent véritablement ce nom. Nous con-

(1) Testament d'un seigneur de Septimanie nommé Dadila (813) *Hist. du Languedoc*, éd. Dulaurier, t. II, Preuves, n° 24, col. 81. Il dispose de meubles et d'immeubles en faveur de monastères et de sa fille, puis il ajoute : Hoc vero in hac pagina testamenti mei annecti placuit, ut dum ego vivo ista omnia suprascripta sub jure et dominatione mea reservo ; post vero meum discessum, prædicta loca, quæ ad prædicta monasteria concessi, Ermegundis, si in viduitate permanserit, post partem prædictarum basilicarum usufructuario quoadusque vixerit sibi hoc possidere vel tenere faciant. Il est certain que les termes *sub jure et dominatione* font allusion à un droit plus fort que le mot *usufructuario ;* ils indiquent que le disposant gardera la propriété, et que par conséquent l'acte est un véritable testament. Mais ils montrent en même temps que la notion de cet acte était obscurcie, puisqu'on croyait utile d'en analyser la nature. — La charte se termine par une mention un peu énigmatique, répétée deux fois : ista vero permanente hac pagina testamenti mei *reservata firmitate*. Facta pagina testamenti mei *reservata firmitate*. Peut-être cette formule se réfère-t-elle au droit de révocation gardé par le disposant.

(2) Testament de Spaneldès (821) ; *Hist. du Languedoc*, t. II, Preuves, n° 58, col. 135. Spaneldès laisse tous ses biens au monastère de Caunes : facio vobis testamentum de omnino rebus meis... Post obitum vero meo sic vobis dantur absque concessum faciendi, et inde quod volueritis maneat vobis potestas.

tatons ainsi les signes précurseurs de la scission qui opposera en France le droit du midi à celui du nord : le midi est plus romain, le nord plus germanique.

III

Legs et Fidéicommis. — Violations effectives des actes à cause de mort.

L'efficacité pratique des dispositions prises en vue de la mort a été presque aussi violemment ébranlée que leur constitution juridique. Les usurpations des détenteurs de la force brutale ou les entreprises des héritiers du sang ont souvent rendu vaines les précautions des mourants pour régler la transmission de leur fortune.

A une époque de violences et de brigandages comme celle que nous étudions, la mort d'un propriétaire fournissait à ses voisins, s'ils se sentaient puissants et sûrs d'eux-mêmes, une excellente occasion de s'emparer des biens dont le maître avait disparu. Il avait indiqué quels bénéficiaires devaient profiter de ses richesses ? On ne tenait pas compte de ces volontés d'un individu qui n'était plus là pour les faire respecter. La mort donnait prétexte à une mainmise immédiate de la part de Barbares pour qui le droit se créait par l'épée, et le caractère des successeurs que le défunt s'était choisis, souvent des femmes et des enfants, plus souvent encore des églises ou des abbayes, facilitaient d'ordinaire l'exécution de ces rapines. Les textes nous en rapportent de multiples exemples (1).

(1) Greg. Tur., *Hist. Fr.*, IV, 51 (SS. R. M., t. I, p. 187) ; V, 36 (t. I. p. 228). — Cart. de Redon, n° 180 (notitia de 840-846), p. 139 ; — n° 105 (notitia de 857 ou 858), p. 79. — Cart. de Beaulieu, n° 27 (notitia de 870), p. 55.

Les biens de morts étaient accaparés par quiconque se croyait assez fort pour être assuré de l'impunité : grand propriétaire, comte ou même roi. Grégoire de Tours (1) raconte avec indignation comment certains monarques mérovingiens se sont emparés des terres que leurs sujets laissaient à des établissements religieux.

On a été jusqu'à penser que derrière cet état de fait se cachait un état de droit, et que les testaments, pour être valables, avaient besoin de la confirmation royale. M. Esmein (2), qui émet cette conjecture, l'appuie sur deux ordres de documents : les uns législatifs et d'une portée générale, les autres empruntés aux actes concrets et cités comme mettant en œuvre ce prétendu droit des souverains. Mais, à mon sens, aucun des passages indiqués n'implique nécessairement la vérité de l'hypothèse pour laquelle on les invoque, et plusieurs me semblent la ruiner, en montrant que les usurpations des rois étaient considérées comme des injustices, contraires à la morale et au droit.

M. Esmein voit le premier germe des prérogatives du monarque en matière testamentaire dans deux textes du Code de Justinien (3), qui attribuent au fisc la part de certains héritiers indignes. Une fois connues en Occident, ces constitutions ont peut-être été effectivement utilisées par certains princes pour couvrir leurs crimes d'une apparence de légalité (4) ; mais a-t-on procédé régulièrement

(1) *Hist. fr.* VII, 7 (SS. R. M., t. I, p. 295). Guntchramnus vero rex omnia quæ fideles regis Chilperici non recte diversis abstulerant, justitia intercedente, restituit, multa et ipse ecclesiis, conferens ; testamenta quoque defunctorum, quæ eclesias heredes instituerant, et ab Chilperico compressa fuerant, restauravit.

(2) Cours de l'École des Hautes-Études.

(3) VI, 35, c. 3 et 4 (Alexandre Sévère).

(4) Grégoire de Tours nous parle d'un comte qui cherche à faire

à une extension de la lettre et de l'esprit de ces textes, de façon à en faire sortir pour le roi un pouvoir de contrôle, indépendamment de toute faute commise par les héritiers? C'est ce qu'il faudrait démontrer, et ce qui n'a pas encore été prouvé. On se réclame de la loi des Wisigoths, où il est expressément parlé de la confirmation d'un testament par l'autorité royale : *auctoritate regia roboratum* (1). La citation est exacte : seulement il ne faut pas oublier les circonstances très particulières à propos desquelles intervient cette mention. Le testateur était en voyage : il a pris ses esclaves pour confidents de ses dernières volontés ; ceux-ci en font ensuite déclaration au juge ou à l'évêque, qui les relatent par écrit et signent le parchemin. C'est dans ces conditions que, pour donner valeur à la charte, il faut en outre une intervention de la puissance publique. Cette exigence s'explique par l'absence de témoins réguliers, les exclaves n'étant pas aptes à jouer ce rôle. Rien de pareil n'est prescrit lorsque le défunt a testé selon les procédés normaux. Au cas de testament oral ordinaire, il y a bien une *roboratio* du protocole dressé après le décès du disposant ; mais ce sont les témoins qui la donnent (2). La comparaison de cette dernière règle avec celle dont nous cherchons l'explication prouve que la *roboratio* royale n'est requise qu'exceptionnellement, pour suppléer aux imperfections d'un acte sommaire. Grégoire de Tours est moins favorable encore à la thèse que nous combattons. Il ne parle

servir, à son profit et au détriment d'une église, la théorie de l'indignité (*Hist. Fr.* V, 36. SS. R. M., t. I, p. 228) : Deinde inimicitia increscente, paulatim cœpit villas ecclesiæ, quas Maracharius testamento scripto reliquerat, violenter invadere, adserens, non debere ecclesiam ejus facultatem adipisci, a cujus clericis testator fuerat interfectus.

(1) II, 5, c. 13. Voir *supra*, p. 262, note 3.

(2) II, 5, c. 12. Voir *supra*, p. 262, note 2.

jamais sans les flétrir des coups de force par lesquels on s'empare du patrimoine des défunts. Que l'auteur du méfait soit un particulier ou un prince, il le considère comme également coupable, et ne soupçonne même pas l'existence du droit qui autoriserait le roi à empêcher l'exécution des actes à cause de mort. De même plus tard saint Rodulfe (1), qui fulmine de terribles anathèmes contre quiconque ne respecterait pas ses volontés, fût-ce un personnage investi de la *regia potestas*.

D'ailleurs s'il n'est pas permis au monarque de paralyser l'effet des testaments, il peut en revanche en assurer l'efficacité. Nous possédons des chartes où on sollicite l'appui tutélaire de la puissance publique (2), et des *præcepta* de la chancellerie qui accordent la protection demandée. Mais quel est le résultat de cette « confirmation » de l'acte primitif? Donne-t-elle valeur juridique à une disposition par elle-même infirme? Nullement. Lorsque Widerad (3) ou Abbo supplient le roi de ne pas souf-

(1) Testament de 860 (Cart. de Beaulieu, nº 1, p. 6): Si quis vero contra hoc testamentum, quod ego pro amore Dei omnipotentis ac veneratione beatissimi apostolorum principis Petri fieri sancivi, aut regiæ potestatis dignitas, aut quorumlibet regalium procerum sublimitas, sive etiam propinquorum heredum aut proheredum meorum calliditas, venire aut callide tentaverit infringere, doli ejus et fraudes penitus irritæ fiant, et omnipotentis Dei iram se incurrere certissima sciat, et ab ecclesia proprio Christi sanguine mercata sequestratus, et a communione Christianorum fiat extraneus. — Formule analogue dans l'acte de 856 (nº 16, p. 30).

(2) Test. de Widerad (721); d'Abbo (739).

(3) Widerad (*Pardessus*, t. II, p. 326): Precor igitur domnum gloriosum regem, tam tempore moderno regnantem, quam futuro succedentem, et per Dei tremendum judicium adjurare præsumo, ut præsentem codicillum, vel jam dictum cœnobiolum meum sua fortitudine jubeat defensare atque solidum in omnibus custodire, ut nullatenus ab infestatione malorum hominum possit irrumpi: sed delectet monachis ibidem conversantibus, vel sacerdotibus per loca sancta quæ præsens noster codicillus commemorat

frir la violation de leur testament (1), ils font appel à la force matérielle de ses agents : ils sollicitent une intervention de fait, non pas de droit. C'est aussi dans le même sens que Clotaire II confirme les clauses du testament d'un marchand de la région parisienne (2), et que Louis le Débonnaire assure contre toute entreprise les dispositions de dernière volonté de l'évêque du Mans Aldricus (3).

habitantibus. pro me et vita regis et filiorum ejus Dominum supplicare.

(1) Abbo (Pardessus, t. II, p. 378) : et humiliter preco dominis principibus, vel omnium potestatibus et episcopis, per Patre et et Filio et Spiritu-Sancto. qui potestatem dominandi. regendi habeatis. ut hunc voluntatis nostræ, quem per hunc testamentum meum ad heredem meam ecclesia Sancto Petro monasterio. pro substantia monachorum et pauperorum delegavi, ut in nullo permittatis convellere nec irrumpere, ut ad augmentis mercedis vestræ commune pertineat.

(2) *Præceptio* de 627. Pardessus, t. I, p. 229 : — Tardif, *Cartons des rois*, n° 5, p. 5. — Cf. *Cartulaire de saint Bertin*, donation de 685, n°s 10, 11 et 12, p. 28 et sq. Le n° 11 se termine par la mention suivante, p. 31 : Hac traditione jam peracta, atque illustrium virorum subscriptione firmata, ut etiam per succedentia tempora inconvulsa servaretur, annis necdum duobus post prædictam traditionem peractam, qui erat annus dominicæ incarnationis DCLXXVIIII, atque prædicti regis Theoderici annus XIIII (ce qui correspond à l'année 687), pariter regale palatium in villa Crisciaco adientes, domnus scilicet Bertinus abbas, et Amalfridus, illustris factor hujus traditionis, postulantes suprascriptam donationis cartam regiæ præceptionis auctoritate firmare. Quod rex tunc devote complexans, devotius est executus, confirmans illud regia auctoritate : quæ etiam, cum sigilli regalis subscriptione apud nos conservata, hactenus testatur, ita dicendo. Suit le texte de la *præceptio* royale.

(3) De Laurière : *Glossaire*, n° Exécuteur testamentaire (éd. Favre, p. 218, 2e col.) : Hanc nostræ authoritatis conscriptionem ei fieri jussimus, per quam decernimus atque sancimus ut quemadmodum ab eo per memoratum scriptum, dispositum atque distributum constat, ita modis omnibus observetur atque firmissime teneatur, neque cujuslibet cupida improbitas improbaque cupiditas id ullo astu convellere audeat, et quippiam in suos usus retorqueat.

Les actes des particuliers, une fois munis de cette sanction officielle, acquièrent « en quelque façon force de loix », comme dit De Laurière. Les méconnaître, c'est mépriser l'autorité royale et s'exposer à sa vengeance. Le *præceptum* du souverain les munit d'une garantie nouvelle; mais il ne leur communique pas une existence juridique qu'ils possèdent par eux-mêmes.

Un seul acte toutefois reste d'une interprétation embarrassante. Bertran, évêque du Mans, mort en 623, a laissé un testament très détaillé, que Bréquigny et La Porte Du Theil rapportent à l'année 615, et dans lequel il déclare formellement tenir du roi la faculté de disposer de ses biens à cause de mort (1) : « Le très haut et très célèbre roi Clotaire (Dieu le lui rende au centuple dans l'autre vie!) m'a remis un *præceptum* signé de sa main, où il me donne la faculté de disposer à mon gré, tant pour le salut de mon âme qu'en faveur de mes proches ou de mes fidèles, de la totalité de mon patrimoine : qu'il s'agisse de biens recueillis dans la succession de mes parents, reçus de sa libéralité ou acquis d'une autre provenance, ou encore des biens futurs dont je pourrai m'enrichir dans la suite, et des augmentations quelconques qui s'ajouteront à ma fortune. » Que signifie cette confirmation anticipée du testament de l'évêque? Faut-il en généraliser la

(1) Pardessus, t. I, p. 198 : et quia inclitus atque præcelsus domnus Clotarius rex, cui Deus in millia æternam retribuat beatitudinem, suum præceptum manus suæ jure firmatum mihi dedit, ut de propria facultate quod ex parentum successione habeo, seu quod munere suo consecutus sum, aut aliunde comparavi, vel comparare, Deo adjuvante, potuero, vel in quibuscumque rebus atque corporibus facultatum augmentare potuero, tam pro animæ meæ remedio, quam pro propinquis meis seu fidelibus meis delegare voluero, liberum utendi tribuit arbitrium. — La clause est placée au début du testament et en domine toutes les dispositions.

portée, et croire que Clotaire, en remettant à Bertran une sorte de blanc-seing, accordait par avance aux dernières volontés du disposant une ratification en tous cas indispensable? Un autre passage du même testament éclaire le premier, et en fournit pour partie l'explication (1) : « Je donne, dit Bertran, à la basilique Saint-Pierre et Saint-Paul, telles et telles villas, que le glorieux roi Clotaire m'a concédées dans sa munificence : pour conserver sa fidélité, par des *præcepta* signés de sa main, il m'a donné plein pouvoir de conférer à ladite basilique, pour le salut de son âme et la sûreté de son royaume, ces mêmes villas que j'ai reçues de lui. » Bertran était tout dévoué à Clotaire : il avait chaudement soutenu la cause de ce prince dans ses luttes contre les Austrasiens de Brunehaut, et s'était vu dépouiller de tous ses biens lorsque le monarque Neustrien avait eu lui-même le dessous. Mais Clotaire revint à meilleure fortune, il rendit à l'évêque qui avait souffert persécution pour lui les richesses qu'on lui avait enlevées, en y ajoutant encore beaucoup d'autres immeubles (2). Or on sait comment se faisaient ces concessions du souverain à ses fidèles (3) : quelquefois il limitait leur droit de propriété, en ne leur permettant ni d'aliéner ni de transmettre les biens qu'il leur donnait : quelquefois au contraire il leur conférait le *dominium* à la romaine, en men-

(1) P. 199 : Dono, inquam, ad ipsam sanctam basilicam villas sitas, etc... quas mihi domnus gloriosus Clotarius per suam munificentiam contulit, vel, pro fidei meæ conservatione, ad integrum, suis præceptionibus manu sua roboratis, mihi integram tribuit licentiam ut prædicto loco, pro animæ meæ remedio, vel regni sui stabilitate, ipsas villas, quas munere suo promerui, conferre deberem.

(2) Tous ces détails sont racontés dans le testament lui-même : voir Pardessus, *Diplomata*, Prolégomènes t. I, p. 207.

(3) Voir Brunner, Deutche Rechtsgeschichte, t. II, p. 245 et sq.

tionnant qu'il leur attribuait des droits absolus de disposition. C'est selon ce deuxième modèle qu'étaient conçues les concessions de Clotaire à Bertran, et l'on comprend que Bertran, en léguant les terres ainsi acquises, rappelle avec quelle plénitude de pouvoirs il en a reçu la propriété. Mais ce commentaire n'a de valeur qu'en ce qui concerne les biens donnés ou restitués par Clotaire. Or le *præceptum* dont Bertran déclare tenir le droit de tester vise tout le patrimoine, biens présents et biens futurs de provenance quelconque (1). Il s'agit d'une prérogative personnellement attribuée à l'évêque, non pas d'une qualité affectant réellement certains immeubles. Ce n'est pas à titre de donateur, c'est à titre de souverain, que Clotaire a signé cet acte. On songe alors aux autres *præcepta*, postérieurs d'un siècle, par lesquels les successeurs de Charlemagne accorderont à leurs affranchis le droit de tester (2), et l'on est amené à penser que Clotaire jouait le rôle de patron vis-à-vis de Bertran. Celui-ci s'était constitué le serviteur indéfectible de son roi. Il avait tout perdu pour lui, mais tout recouvré par lui : il lui devait ses richesses et ses honneurs reconquis : il vivait vis-à-vis de lui dans une étroite dépendance. C'était « l'homme » de Clotaire, comme on dira plus tard, et cette situation spéciale donne la clé du *præceptum* qui nous occupe. Il répond à des rapports très particuliers, et la clause du

(1) Le texte du testament prouve qu'en fait, dans le patrimoine de l'évêque, figuraient des biens qui ne lui avaient pas été concédés par la munificence royale. Voir, par exemple, Pardessus, t. I, p. 205. Itemque et vineolas quæ sunt in Sabonariense, quas meo opere undique subjunxi, aut per donum aut per venditionem, et si quid adhuc subjungere potuero, cum cultoribus eorum et familiis, vel domo quam ibi stabilivi, te, sancta Ecclesia domini Petri et Pauli, habere jubeo.

(2) Præceptum imperatorium (814-825). Formulæ imperiales, 38 ; Zeumer, p. 315 (Roz. 121).

testament qui le signale est en effet insolite : on en trouverait difficilement d'autres exemples contemporains. Rien n'autorise à y voir l'expression d'une institution régulière et générale.

Quelle que fût l'avidité des grands, des comtes et des rois, les héritiers étaient plus empressés encore à violer le testament de leur parent défunt. La puissante solidarité que créaient les liens du sang excitait les membres d'une même famille à compter mutuellement sur les biens les uns des autres. Lorsque leur attente était déçue et qu'on ne leur avait pas laissé une part aussi belle qu'ils l'espéraient, ils n'hésitaient guère à prendre ce qu'on ne leur donnait pas. Le fait est attesté par d'innombrables témoignages : les archives des abbayes abondent en récits de spoliations de ce genre (1), et la multiplicité des précautions prises pour réprimer les abus montrent à quel point ces abus étaient graves et redoutables.

Les pouvoirs publics et les disposants eux-mêmes ont cherché le moyen d'empêcher les violations de testaments, qu'elles vinssent de parents ou d'étrangers. Mais c'étaient surtout les héritiers qu'on avait en vue, ce qui prouve que le principal danger venait de ce côté.

Les conciles de l'époque mérovingienne excommunient les héritiers qui ne laissent pas les églises jouir en paix des biens que leur ont attribués les défunts (2). Ceux

(1) Cart. de Redon : n° 100. p. 83 (864) ; n° 237. p. 185 (876). — Thévenin, *textes*, n° 73(885).

(2) Concile d'Orléans (541), c. 14 (Maassen. p. 90) : quæcumque ecclesiis aut pontificibus sub competenti ac justo docomento fuerint derelicta, ab heredibus legitimis dignum est, ut pro Dei contemplatione serventur. — C. 19 (p. 91) : quicumqne pro devotione sua oblationis studio aliquid in campellis vel in vineolis etiam absque scriptura probatur ecclesiæ contulisse. si postmodum vel ipse vel heredes ejus quacumque occatione auferre a jure hoc ec-

du IXe siècle demandent souvent la protection du pouvoir temporel contre les agressions de toutes sortes qui privent les monastères ou les basiliques de leurs beaux domaines (1), et l'empereur prend des mesures en conséquence (2). Lui-même est quelquefois admonesté, lorsqu'il

clesiæ vel alienare voluerit, quoadusque a tali intentione discedat aut pervasa restituat, a communione ecclesiastica suspendatur. — Concile de Reims (627-630), c. 10 (Maassen, p. 204) : Clerici etiam vel seculares qui oblationes parentum aut donatas aut testamento relictas retinere presumpserint aut id, quod ipsi donaverint, ecclesiis aut monasteriis crediderint auferendum, sicut ante sinodus sancta constituit, velut necatores pauperum, quousque reddant, ab ecclesiis excludantur. Cf. De Laurière : *Glossaire*, v° Exécuteur testamentaire. — Glasson, *l. c.*, t. III, p. 177 ; — Boissonade, *Histoire de la Réserve*, p. 193.

(1) Concilium Meldense (845), c. 41 (Bor. t. II, p. 408). Providendum est regiæ majestati, ut monasteria, quæ ab hominibus Deum timentibus in sua proprietate constructa prædecessores illius causa defensionis et mundeburdi susceperunt, ut libera libertate remota spe hereditaria de illorum propinquitate ibidem religio observaretur, et nunc in alodem sunt data, quapropter omnis exinde religio funditus est eversa : qualiter vota fidelium inconvulsa permaneant, ne voces eorum contra se ante Deum clamantes adjuncto periculo de eorum perditione, qui in eisdem locis necessitate naufragantur, condempnabiles sentiat. — Synodus Papiensis (850), c. 15 (Bor. t. II, p. 121) :... Quodsi heredes, sive clerici sive seculares, adeo inportune contra majorum suorum decreta ire temptaverint, ut testatoris institutionem subprimere vel obscurare nitantur et inter se sinodochii substantiam dividere, nuntietur sacratissimo imperatori, ut ejus auctoritate hujusmodi transgressorum nequitia cohereeatur.

(2) Capitulare Missorum Suessionense (853), c. 2 (Bor. t. II, p. 268): Ut missi nostri diligenter investigent per singulas parrochias simul cum episcopo de monasteriis, quæ Deum timentes in suis proprietatibus ædificaverunt et, ne ab hæredibus eorum dividerentur, parentibus et prædecessoribus nostris sub immunitatis defensione tradiderunt, et postea in alodem sunt data ; ut describant, quæ sint et a quo vel quibus in proprietatem data sunt, et nobis renuntiare procurent, ut cum episcopis et ceteris fidelibus nostris consideremus, quid et qualiter inde secundum Dei voluntatem et nostram salutem agere debeamus. — Capitula excerpta

se rend coupable de méfaits analogues : les évêques réunis en synode à Vermerie lui adressent, à propos de sa conduite vis-à-vis de l'abbaye de Saint-Denis, de très habiles remontrances, aussi sévères au fond que respectueuses en la forme (1).

Quant aux auteurs mêmes des libéralités en vue de la mort, ils s'ingénient à découvrir des moyens qui puissent efficacement contraindre leurs héritiers au respect de leurs volontés dernières. En premier lieu, ils recourent aux menaces : on prit l'habitude, à la fin de presque tous les actes, et spécialement des testaments ou chartes similaires, d'ajouter une clause comminatoire, par laquelle les disposants désignaient aux coups de la colère divine ceux qui mettraient obstacle à la réalisation de leurs désirs (2). De très bonne heure, ces formules devinrent fréquentes : l'usage s'en répandit dès le début de notre période (3); il

in conventu Carisiacensi (877), c. 4 (Bor. t. II, p. 362) : Volumus etiam et expresse præcipimus, quod, si aliquis episcopus vel abbas aut abbatissa vel comes aut vassallus noster obierit, nullus res ecclesiasticas aut facultates diripiat vel comitis aut vassalli nostri aut alicujus defuncti res aut facultates invadere vel usurpare præsumat vel uxoribus defunctorum laicorum ac filiis quamcumque violentiam inferat, et nullus ad illorum eleemosynam faciendam eleemosynarios eorum impediat. Quodsi aliquis præsumpserit, et secundum leges mundanas hoc cum banno nostro componat, et secundum leges ecclesiasticas inde ecclesiæ, quam læsit, satisfaciat, insuper nostram harmiscaram secundum modum culpæ et ut nobis placuerit sustineat.

(1) Synodus Vermeriensis (853), § 2 *in fine* (Bor. t. II, p. 423).

(2) Voir Pardessus : *Diplomata*; prolégomènes, t. I, p. 241 et sq. — Bluhme : *Ueber die Bekräftigungsformeln*, dans *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, t. III (1859), p. 220 et sq. — Giry ; *Manuel de diplomatique*, p. 562.

(3) Voir par exemple le testament d'Aredius et de Pelagie (572), Pardessus, t. I, p. 141. Si quis autem contra hoc testamentum nostrum venire voluerit, aut aliud quam quod deliberatione nostra ista geritur, ire tentaverit, et hic et in æternum per virtutes sancti et beati domni Martini sit excommunicatus et anathema-

était général au VII[e] siècle (1). On les rédigeait en termes terribles : on appelait sur ceux qu'on voulait effrayer la lèpre qui dévora Naaman, la damnation éternelle qui punit Dathan, Abiron, et le traître Judas. Selon la remarque des éditeurs des *diplomata* (2), on commença au début du VIII[e] siècle à ne plus détailler avec la même complaisance le menu des supplices auxquels on dévouait les usurpateurs. Cependant on continua presque toujours à invoquer contre eux le jugement du tribunal céleste (3), et quelquefois même à leur rappeler le souvenir de Dathan et d'Abiron (4).

A la perspective de ces châtiments envoyés par Dieu lui-même, on ajoutait la menace des peines infligées par l'Église : « Qu'ils soient anathèmes et retranchés de la communion des fidèles ! » disaient les auteurs de testaments en parlant de ceux qui en violeraient les prescriptions (5). Naturellement, des phrases de ce genre n'avaient pas par elles-mêmes de valeur officielle ; elles n'entraineraient pas de plein droit l'excommunication des personnes

tizatus, et veniat ei illa maledictio quam psalmus continet in Judam Scariotis centesimus octavus. — On cite de plus anciens exemples de malédictions semblables ; mais au début du VI[e] siècle l'emploi n'en était pas encore universel : le testament de saint Remi (533) n'en contient pas (Pardessus, t. I, p. 81).

(1) Tous les actes du VII[e] siècle que nous avons signalés se terminent par des imprécations.

(2) Prolégomènes, p 243.

(3) Testaments d'Erminethrude (700), de Widerad (721), d'Abbo (739), de saint Rodulfe (860). — Flav. 8 ; Zeumer, p. 476 (Roz. 128).

(4) Testaments d'Eccard en 840 (Thévenin, *Textes*, n° 76), de saint Rodulfe en 856 (Cart. de Beaulieu, n° 16, p. 39), de Godefredus en 866 (Cart. de Beaulieu, n° 3, p. 12).

(5) Testaments d'Aredius (572 ; — voir *supra*, 300, note 3) ; de Bertran (615) ; codicille de saint Amand (675) ; charte de Vandemiris (690) ; testaments du fils d'Idda (690) ; d'Erminethrude (700) ; de Widerad (721) ; d'Abbo (739) ; de Dadila (813) ; de saint Rodulfe (860) ; de Godefredus (866) ; Marc, II, 17 (Zeumer, p. 88, Roz. 129) ; Flav. 8 (Zeumer, p. 477 ; Roz. 128).

qui se plaçaient dans le cas ainsi prévu (1). C'était une invitation aux autorités ecclésiastiques à se servir, le cas échéant, de leurs armes spirituelles.

Ce n'est pas tout. On associait aussi le pouvoir temporel à la répression des crimes de lèse-testament. On condamnait tout contempteur de l'acte à payer une forte amende dont le fisc devait avoir sa part. Quelle était l'origine de cette clause, si fréquente aux siècles que nous étudions, dans les actes de toute nature, contractuels ou unilatéraux ? Un érudit allemand l'a cherchée du côté des coutumes germaniques : « Dans les royaumes Barbares, dit Bluhmé (2), les Romains eux-mêmes, auxquels faisait défaut le secours de leurs juges nationaux, ne pouvaient plus se soustraire aux amendes fiscales (*pro fredo*, etc...), condition *sine qua non* de la protection accordée par la souveraineté germanique. On garantissait au juge le payement des paris et des compositions, dont le montant devait aussi, comme le *sacramentum* du vieux droit romain, couvrir les frais de justice ». Mais cette opinion ne peut pas être sérieusement défendue. On ne comprend pas comment les Romains se seraient trouvés dans la nécessité de convenir d'avance d'une amende pour ménager à leurs opérations une sanction devant les tribunaux germaniques, alors que les Barbares eux-mêmes n'avaient pas à se soumettre à cette formalité (3). Puis la théorie de Bluhme ne rend pas compte de tout ce qu'il faut expliquer. Le *processus* qu'elle esquisse conduit à une peine dont le Trésor profite seul ; or les chartes attribuent toujours à la personne lésée une partie de l'amende. Les termes mêmes dont on compose la formule qui nous

(1) Voir Esmein, *Cours de l'Ecole des Hautes-Etudes*.

(2) *L. c.*, p. 221.

(3) Voir Glasson, *l. c.* t. III, p. 223 et sq., sur le système des contrats dans le droit franc.

occupe, n'ont rien de germanique. On y parle d'ordinaire du *fisc* : le débiteur de l'amende l'acquittera par contrainte, *coactus*, et ce mot paraît avoir remplacé l'épithète *coctus*, primitivement appliquée à l'or qu'il s'agissait de payer : purifié par le feu (1). Aussi la plupart des savants n'hésitent-ils pas à reconnaître l'origine romaine de la clause (2). On peut en suivre le développement depuis les textes de l'Empire jusqu'aux chartes mérovingiennes. Certains auteurs croient même à une filiation directe, et rattachent immédiatement l'amende testamentaire franke à l'amende testamentaire romaine. On trouve en effet, dans une série de textes littéraires, juridiques ou épigraphiques, antérieurs aux invasions, la mention d'une condamnation à payer telle somme à une caisse publique, prononcée par des particuliers contre les héritiers ou les étrangers qui violeraient telle de leurs prescriptions, en général le règlement relatif à leur sépulture. L'existence de pareilles dispositions est certaine (3) ; il ne semble pas cependant qu'elles aient conduit tout droit aux amendes habituelles dans les testaments de l'époque postérieure. D'une part, en effet, il faudrait expliquer comment la partie lésée est arrivée à bénéficier de l'amende, contrairement à la pratique romaine ; d'autre part, nous constatons dans les textes une solution de continuité dont on ne peut pas faire abstraction : les testaments du VIe siècle passent l'amende sous silence ; les actes entre-vifs en font seuls mention. Cette remarque nous met sur la voie de la vérité : c'est dans le droit des contrats qu'il faut chercher le pre-

(1) L'expression dénaturée se rencontre déjà dans la loi des Wisigoths, XI, 2, § 1 (Walter, t. I, p. 627) : si quis sepulchri violator extiterit... libram auri *coactus* exsolvat heredibus mortui.

(2) Pardessus, *Diplomata*, prolégomènes, p. 243, note 1 ; p. 271, note 2. — Giry, *l. c.*, p. 565 ; — Esmein, *Cours de l'École des Hautes-Études*.

(3) Voir Huschke, *Die Multa und das Sacramentum*, p. 303 et sq.

mier germe d'un usage dont le développement s'est ensuite étendu sur le domaine juridique tout entier.

Les textes législatifs eux-mêmes ont pu favoriser cette extension. Une constitution d'Arcadius et d'Honorius édictait l'infamie contre le majeur de 25 ans qui ne respectait pas les engagements pris par lui sous la foi du serment; elle ajoutait qu'il serait privé de tous les avantages qu'il attendait de son opération, et qu'il devrait payer la peine qu'on avait pu stipuler accessoirement à la convention. Cette constitution a passé au Bréviaire, où l'*interpretatio* en reproduit assez exactement le contenu (1). Le Papien (2) s'en est aussi approprié la substance, mais sans exiger que le pacte primitif ait été confirmé par serment (3). L'*epitome Monachi*, selon sa coutume, répète fidèlement les termes de l'*interpretatio*; les autres (4) suppriment, comme le Papien, la condition du serment. Les formules mettent en œuvre ces indications. Par exemple, les très antiques *formulæ Andecavenses*, tout imprégnées de droit romain, déterminent pour la plupart une certaine somme à payer par celui qui empêchera l'acte de sortir ses pleins effets; très souvent aussi, il est dit que le coupable devra restituer le double de la valeur dont il s'est indûment enrichi (5), et ce trait révèle clairement l'origine romaine

(1) Lex Rom. Wis. C. Th. II, 9, c unique. — Cf. Paul, I, 1, § 3.

(2) Lex Rom. Burg. XXXVIII, 1 (De Salis, p. 157).

(3) Voir l'analyse détaillée de ces textes dans Bluhme, *l. c.*, p. 215 et sq.

(4) Ep. Aeg. Guelph. Scintilla.

(5) Andec. 1 (c) : Zeumer, p. 5 (Roz. 222); — Andec., 4 : Zeumer, p. 6 (Roz t. III, p. 331); — Andec., 21 ; Zeumer, p. 11 (Roz. 280). — Andec. 25 ; Zeumer, p. 12 (Roz. 46) ; — Andec. 38 ; Zeumer, p. 17 (Roz. 371) ; — Andec 45; Zeumer, p. 20 (Roz. 309); — Andec. 60 ; Zeumer, p. 25 (Roz. 359) : — Cart. Sen. 3 ; Zeumer, p. 186 (Roz. 372) ; — Sal. Lind. 12 ; Zeumer, p. 274 (Roz. 133); — Thévenin *Textes*, n° 55, 72.

du mécanisme. Les peines du double étaient courantes à Rome, soit qu'une *stipulatio duplæ* fût intervenue entre les parties (1), soit que l'action fût une de celles qui croissaient au double *adversus infitiantem* : l'action de la loi *Aquilia* est du nombre (2) ; or, le nom de cette loi est très souvent rappelé à l'époque franke (3). Cette peine du double est une restitution aggravée, dont profitait seule la victime de la spoliation. Au contraire, l'amende proprement dite était pour partie attribuée au fisc. Il y a là une déviation notable de l'institution. Peut-être, en intéressant le Trésor à l'exécution de la charte, cherchait-on à attirer l'attention du souverain ou de ses agents, et à déterminer de leur part une intervention plus prompte ou plus active. D'ailleurs, le souvenir des amendes testamentaires romaines et les usages de la procédure germanique auxquels nous faisions allusion plus haut, à la suite de M. Esmein et de Bluhme, ont pu faire sentir ici leur influence. Ces pratiques n'ont pas été la source directe de la clause telle que nous la trouvons dans le royaume mérovingien ; mais en fournissant des précédents ou des analogies, elles ont pu contribuer à lui donner sa forme définitive. Au VIIe siècle, la mention relative à la peine pécuniaire pénètre dans les testaments (4), et voici comment on l'exprime : celui qui s'emparera injustement des biens légués devra d'abord restituer, soit au simple, soit au double (5) ; puis il payera

(1) Lex Rom. Wis. Paul, V, 10, § 1. — Cf. Bluhme, *l. c.*, p. 211.

(2) Lex Rom. Wis. Paul, I, 19, § 1.

(3) Bluhme, *l. c.*, p. 208.

(4) Selon Bréquigny et La Porte Du Theil (Prolégomènes, p. 269), la charte de Vandemiris (690) serait le premier testament où elle ferait son apparition. Mais ces savants ignorent le testament d'Adalgyse, antérieur d'un demi-siècle (634). — *Adde*, au VIIe siècle, Marc. II, 17 (Zeumer, p. 88 ; Roz. 129) ; testament du fils d'Idda (vers 690) ; charte d'Ansebert (696).

(5) Restitution au double dans Marc. II, 17 (Roz. 129), dans la charte de Leodebus (667), dans le testament du fils d'Idda (vers 690).

comme amende tant de livres d'or, tel poids d'argent, et on indique que le fisc en aura sa part, *cum socio fisco*, ou même quelquefois qu'il recevra la totalité (1) ; enfin, nonobstant toute tentative contraire, l'acte demeurera parfaitement valable et efficace. Dès lors, la clause est devenue de style, et pendant de longues années, l'amende reparaît dans la plupart des actes testamentaires (2). Seulement, dans la seconde moitié du IXe siècle, il arrive que la mention *cum socio fisco* se déforme en cette autre : *cogente fisco* (3).

Ainsi les disposants plaçaient leurs actes de dernière volonté sous la protection de Dieu, de l'Église et du Prince. Ils cherchaient à effrayer ceux qui auraient été tentés de dépouiller leurs légataires ou donataires, en les menaçant de la colère divine, de l'excommunication ecclésiastique, de la contrainte fiscale (4). Une même phrase groupait ces trois ordres d'idées, et la charte finissait sur cette clause comminatoire tripartite (5).

(1) Voir testament d'Adalgyse (à l'appendice).

(2) Testaments de Widerad (721), de Fulrad (777), de Dadila (813), de Spaneldès (821), de saint Rodulfe (856 et 860), de Godefredus (866) ; — Flav. 8 ; Zeumer, p. 477 (Roz. 128). — D'après M. Giry (*l. c.*, p. 567), « on reconnaît à bien des signes que, dès le VIIIe siècle au moins, [ces clauses] étaient devenues des formules vaines. » Mais il ne nous dit pas quels sont ces « signes » décisifs.

(3) Voir les testaments de saint Rodulfe et de Godefredus.

(4) Les lois des Bavarois (I, 2 ; Pertz, Leges, t. III, p. 270) et des Alamans (I, 2 ; Lehmann, p. 64) se sont approprié cette triple sanction, et l'appliquent à ceux qui « commettent des injustices contre le patrimoine ecclésiastique. »

(5) Le testament de Widerad (721) fournit un bon exemple de la rédaction la plus habituelle de la clause. Pardessus, t. II, p. 326 : Si quis vero, quod futurum esse non credo, si aliquis heredum ac proheredum meorum, vel quælibet opposita persona præsens hoc testamentum meum infrangere conaverit, vel tentare præsumpserit, inprimis usque dum ad veram emendationem proinde corrigatur, Deum et sanctos suos habeat contrarios et a



L'effet intimidant n'en devait pas être considérable, car ceux-mêmes qui la rédigeaient ne paraissent pas avoir fondé grande confiance sur la portée de la répression qu'ils organisaient. Ils cherchaient d'une autre façon, par des mesures préventives, à rendre impossibles les déprédations dont ils désiraient préserver leurs biens. Nous avons vu comment, en demandant à la chancellerie la confirmation de certaines libéralités, on assurait quelquefois au gratifié la protection royale. En outre, et surtout, on prit l'habitude de charger des amis de pourvoir à l'accomplissement des dispositions qu'on laissait en mourant. Ces *exécuteurs testamentaires* devinrent peu à peu les acteurs essentiels des opérations juridiques qui ne devaient se parfaire qu'après le décès de celui qui en prenait l'initiative.

IV

Origines des Exécuteurs Testamentaires.

Nous connaissons maintenant les circonstances extérieures qui rendirent indispensables les exécuteurs testamentaires. Le défunt désirait faire parvenir une partie de sa fortune à des étrangers, surtout à des établissements religieux : il fallait qu'un autre lui-même présidât à la distribution de ses legs ; mais il ne pouvait pas compter sur la fidelité de ses héritiers pour mener cette œuvre à bonne fin. Il devait au contraire se défier de leur cupidité, et soustraire à leur action tout ce dont il ne voulait pas

liminibus ecclesiarum efficiatur extraneus, et insuper inferat cui quem pulsaverit, una cum socio fisco, auri libras triginta, argenti pondera quingenta coactus exsolvat ; nihilominus præsens pagina firma permaneat stipulatione subnixa.

leur laisser la propriété définitive. D'où la nécessité de s'en remettre à des hommes de confiance, investis de très larges pouvoirs. C'est à ce besoin que répondent les exécuteurs testamentaires.

Quelle situation précise reçurent-ils? Où prit-on le type juridique sur lequel se modela leur personnage? Comment naquit l'institution, et quel en fut le développement intime? Ces problèmes divisent les historiens. Tandis que la majorité des auteurs rattachent les exécuteurs testamentaires aux salmanns germaniques (1), M. Esmein (2), renouvelant une doctrine de nos vieux érudits (3), croit en découvrir l'origine dans certaines pratiques romaines. S'il fallait prendre parti pour l'un ou l'autre camp, je me rangerais du côté des maîtres de la science française. Il est impossible en effet de suivre à travers les textes le prétendu passage du salmann à l'exécuteur testamentaire coutumier. L'attribution même, à ce dernier, d'une saisine qui forme sa prérogative essentielle n'est pas le résultat d'antécédents barbares. Au contraire on discerne dans l'institution développée des traits que les souvenirs du droit impérial ont assurément contribué à fixer; certaines traditions venues d'Italie ont laissé des marques persistantes dont on retrouve les empreintes jusqu'au XIIIe siècle. Mais il ne faut pas croire à une majestueuse évolution, déroulant du Bréviaire d'Alaric à Beaumanoir une suite ininterrompue de progrès coordonnés. Il y a des heurts et des brisements sur la route chaotique où s'avance la cou-

(1) Voir Henri Le Fort, *Des Exécuteurs testamentaires*. — Cf. Beseler, *l. c.*, t. I, p. 284; Heusler, *l. c.*, t. II. p. 652; Pollock et Maitland, t. II, p. 334, note 1. Au texte, ce dernier ouvrage est beaucoup moins affirmatif qu'à la note : il se contente de déclarer que l'exécution testamentaire « ne vient pas du droit romain classique. »

(2) Esmein, *Cours de l'École des Hautes-Études*.

(3) Cf. De Laurière, *Glossaire*, v° exécuteur testamentaire.

tume : les influences germaniques, si puissantes aux temps Carolingiens, entravent la marche des concepts romains : elles les devancent par instants, les forcent à leur céder le pas, et au IX[e] siècle l'invasion expansive des salmanns germaniques cache et semble étouffer l'essor des mandataires de provenance opposée, dont l'organisation commençait à se constituer lentement, au milieu des débris de l'acte à cause de mort en décomposition.

Le point de départ de l'évolution purement romaine, c'est l'enregistrement du testament confié à une personne sûre. Nous avons cherché dans l'Empire les traces de cet usage, et les papyrus de Ravenne nous l'ont montré parfaitement établi. Il se maintient dans les royaumes barbares : on prie un ami de se rendre à la curie et de faire recevoir l'acte aux archives municipales. Les formules (1) et les actes concrets (2) attestent la persistance de cette habitude aussi longtemps qu'a duré l'enregistrement lui-même, c'est-à-dire jusqu'au début du VIII[e] siècle. Sous le titre de *prosecutores* (3), ou de *ligatarii* (4), un ou plusieurs mandataires reçoivent mission de veiller à l'insertion posthume du testament dans les registres de la curie. Mais à côté de cette fonction principale, on leur confiait quelquefois d'autres attributions dont le cercle a tendu à s'élargir avec le temps. Des textes de jurisconsultes clas-

(1) Form. Wis. n° 21 (Zeumer, p. 585) ; n° 25 (Zeumer, p. 587) Marc. II, 37 et 38 (Zeumer, p. 97 et 98 ; Roz. 259, § 1, 2, 3) ; — Marc. II, 17 (Zeumer, p. 86 ; Roz. 129) ; — Flav. 8 (Zeumer, p. 476 ; Roz. 128).

(2) Testaments de Bertran (615), de Hadoin (642), de Widerad (721).

(3) Marc, II, 37 et 38 (Zeumer, p. 97 et 98 ; Roz. 259). Voir Du Cange, v° *prosecutor*.

(4) Marc. II, 17 (Zeumer, p. 86 ; Roz. 129). — Testament de Widerad (721) et formule copiée sur cet acte, Flav. 8 (Zeumer, p. 476 ; Roz. 128). — Voir Du Cange, v° *legatarius*.

siques, au Digeste (1), représentaient déjà des amis ou des *ministri* chargés de veiller à l'enterrement de leur commettant ou de remplir particulièrement tel de ses désirs. Après la conversion au christianisme, c'est pour la distribution des aumônes qu'on a besoin d'un représentant spécial. Bertran charge l'archidiacre en fonction au jour de son décès, non seulement des formalités extrinsèques nécessaires à l'ouverture et à l'insinuation de son testament, mais encore de l'exécution d'une grande partie de ses legs mobiliers : l'archidiacre devra donner telle somme aux porteurs du cadavre de l'évêque, faire parvenir tels objets aux bénéficiaires qu'on lui désigne. Quant à l'ensemble des meubles qui resteront disponibles après le prélèvement des legs particuliers, il les divisera en trois parts : l'une pour le successeur de Bertran sur le siège épiscopal du Mans : l'autre pour la basilique Saint-Pierre et Saint-Paul ; la troisième pour les pauvres, auxquels elle sera distribuée en sa présence (2). Il est manifeste que des disposi-

(1) Voir *supra*, p. 93.

(2) Il est plusieurs fois question de l'archidiacre au cours de ce très long testament. Voici à ce propos le passage le plus important (Pardessus, t. I, p. 207) : Simili modo jubeo de vestimenti clavia, te, dulcissime archidiacone, qui eo tempore fueris, domno vero et pontifici successori meo paræculos duos optimos de propria vestimenti clavia reverenter offerre jubeo. Tibi vero, sancte archidiacone, præcipio ut amphiballum bonum et unum parœculum de proprietate mea præsumas. Omnium vero quæ de proprietate, seu ex militia in regestoriolo meo post meum obitum inventa fuerint, seu species aut vestimenta quæ ego laboravi aut acquisivi, excepto quod sanctæ ecclesiæ proprium est, tres exinde fieri jubeo portiones. Unam domnus et successor meus pontifex accipiat : aliam vero basilica domni Petri et Pauli : tertiam vero, te præsente, pauperibus jubeo erogari. — Et après les signatures nous lisons cette dernière clause : Similiter ego, Bertichramnus episcopus, rogo filium meum archidiaconum, ut cum testamentum meum apertum fuerit, ipso prosequente, gestis municipalibus secundum legem faciat alligari, quo semper firmiter perduret.

tions de ce genre nécessitaient un *exécuteur*, et qu'il était tout naturel d'appeler à ce rôle un ou deux individus spécialement choisis, plutôt que d'en laisser la charge aux héritiers, surtout lorsque ces héritiers étaient, comme dans l'espèce, des personnes morales (1). — Sans entrer dans des détails aussi minutieux, Hadoin, en désignant les deux hommes qui auront à s'occuper de l'enregistrement de son testament (642), leur recommande de remettre à chaque légataire ce qui lui revient (2). — Après même la disparition de l'enregistrement, les pays du Midi, qui persévèrent dans la pratique des vrais testaments, continuent à développer l'institution. On confie à un ami le soin de son « aumône », c'est-à-dire qu'on affecte des meubles ou des immeubles à des libéralités pieuses, *pro remedio animæ*, et qu'on prie cet ami de procéder à l'exécution de ces générosités expiatrices. Il faudra, par exemple, vendre les meubles et en distribuer le prix aux pauvres (3); ou bien donner une terre au couvent dési-

(1) Bertran indique comme héritières l'Eglise du Mans et la basilique Saint-Pierre et Saint-Paul.

(2) On lit. à l'extérieur de la Charte : Magnificis in Christo, et sanctæ Ecclesiæ filio Badiloni et Andranno Hadouindus episcopus, rogo et supplico charitati vestræ, ut cum me Dominus et omnium creator de hoc sæculo migrare præceperit, Cœnomanis iter faciatis, et ibi testamentum meum, cum apertum fuerit vobis persequentibus apudque publica gestis municipalibus faciatis allegare, et quod unicuique per ipsum testamentum sanctis civibus vel propinquis meis visus sum delegasse, vestra dispensatione unusquisque juxta ipsam delegationem percipere valeat. Et quicquid exinde egeritis, ratum et firmissimum debeat permanere : quod mandatum manu nostra firmavimus, et petimus muniendum. Actum, etc. (Signatures).

(3) Testament de Dadila (813). *Hist. du Languedoc* : éd. Dulaurier, t. II, Preuves, nº 24, col. 82. : Baucos vero meos aureos, quos a domino ac piissimo domino Karolo imperatore accepi vel ipse mihi donare jussit, *ipse cui ego eleemosynam meam injunxero* pro remedio animæ meæ in sacerdotibus ac pauperibus erogare

gné (1). Quelquefois, d'ailleurs, on réserve à un acte spécial la détermination de cette *elemosyna*, et le testament se borne à en rappeler ou à en prévoir l'existence (2).

Dans toutes ces hypothèses, l'exécuteur, que ses pouvoirs soient plus ou moins étendus, n'est pas autre chose qu'un mandataire. Cette situation est formellement exprimée au testament d'Hadoin (3) et dans une formule de Marculfe (4) : pour les autres chartes, rien ne révèle une organisation différente : il n'est question d'aucun droit réel conféré à cet homme de confiance : la propriété ne réside jamais sur sa tête. Evidemment il en résulte souvent des situations juridiques assez compliquées. Lorsque, par exemple, il faut vendre les meubles pour en attribuer le prix à des pauvres non encore individualisés, qui sera

faciat. Vasa argentea vel æramenta auro et argento vel ferramenta vel quidquid ullius metalli esse videntur, vel alia ornamenta et vestimenta, vel suppellectile domus meæ Ermengaudis sub omni integritate, una cum arma mea, quæ ad meum opus habeo, id est in spatis, lanceis, brugnis et in scutis, vel alia mobilia, vel quadripedem meum, ipse prædictus cui eleemosynam injunxero in sacerdotibus et pauperibus, orfanis et viduis in eleemosynam pro remedio animæ erogare faciat.

(1) *Hist. du Languedoc*, éd. Dulaurier, t. II, Preuves, n° 57, col. 135 :..... (Thévenin, *textes*, n° 68) nos subranominati testes diximus et bene in veritate nobis cognitum est, et præsentiter fuimus ad ipsa ora, quando homo, nomine Adalaldus, qui fuit Maimon vocatus, jacebat in lectulo suo infra muros civitate Narbona ad egritudine retemptus, unde et mortuus fuit, adhuc sua memoria in se abente ; sic nos præsentes commendavit, ab ipso Justo subrascripta suo elemosinario, ut dediret sua vinea, quod habebat in villa Marinorema...... ad monasterio Sancto-Petro, qui est constructus infra pago Narbonense, in locum qui dicitur Caunas.

(2) Voir *supra* le testament de Dadila, p. 311, note 3.

(3) Voir *supra*, p. 311, note 2 *in fine*.

(4) Marc. II, 38 (Zeumer, p. 98 ; Roz. 259, § 2) . tibi hunc mandatum conscribsimus, ut, sicut superius continetur, taliter prosequere et firmare debeas : et quicquid exinde egeris gesserisve, ratum et definitum apud nos esse cognoscas.

propriétaire jusqu'à l'achèvement de la liquidation ? Les praticiens de l'époque franke ne se mettent pas en peine de ces subtilités. Si nous voulons analyser les notions qu'ils laissaient confuses, et rétrospectivement faire de la science pour leur compte, il faut dire, semble-t-il, que la propriété restait provisoirement incertaine, mais que la détermination du bénéficiaire agissait rétroactivement : considéré comme légataire de la valeur des meubles vendus, il était censé succéder immédiatement aux droits du défunt. Les rapports de l'intermédiaire avec son commettant ou les héritiers de celui-ci ne sortaient pas du domaine des obligations. Seulement les règles ordinaires du mandat étaient bien assouplies. Continuant un mouvement commencé dès le temps classique (1), les juristes mérovingiens ne songent plus à une rupture du contrat par la mort du mandant ; on ne se soucie pas davantage de la gratuité des services du mandataire : Bertran attribue à son archidiacre quelques vêtements en récompense des bons offices qu'il attend de lui (2).

Au moyen de procédés juridiques très différents, les Barbares ont pourvu aux mêmes nécessités, et sont arrivés à des résultats à peu près analogues. L'acte testamentaire disparaît du nord de la Gaule dans la première moitié du VIIIe siècle : or la seconde moitié du même siècle voit apparaître les donations avec salmann que nous avons longuement analysées. Le premier spécimen que j'en connaisse est une formule de Sens (3), par

(1) Voir *supra*, p. 94.

(2) Voir *supra*, p. 310, note 2.

(3) Zeumer, Cart. Sen. 50, p. 206 (Roz. 391) Magnifico fratri illo ego ille. Omnibus non habetur incognitum, quem mihi gravis ægritudo domat, et ælemosina mea minime valeo procurare. Propterea rogo caritate tua, ut propter Deo de res meas in vice mea ælemosina facere vel despensare debeas. Pro hoc trado tibi ad die præsente omnes res meas in pago illo, in loca cujus vocabulum

laquelle un mourant livre tous ses biens à un ami, pour que celui-ci les emploie en œuvres pies, dans l'intérêt de l'âme de son commettant. Le fiduciaire reçoit tradition par le gage (1) et le gantelet de la fortune qu'il est chargé de distribuer : c'est bien là l'opération germanique instituant un salmann. Mais ce qui est propre à notre formule, c'est la portée exorbitante du droit conféré à l'intermédiaire. Il est libre de régler à son gré la répartition du patrimoine qu'on lui confie dans un intérêt spirituel : tous les actes accomplis par lui seront valables : le disposant s'interdit de jamais les révoquer, s'il revenait par miracle à la santé. Le salmann reçoit une saisine immédiate : *trado tibi a die præsenti omnes res meas*. Circonstance plus

est illo, id est terris, mansis, domibus, ædificiis, quantumcumque visus sum tenere, totum et ad integrum, quicquid dici aut nominare potest, tam de alodo aut de conparado vel de qualibet adtractum, in quascumque pagis aut terretoriis vissus sum habere, totum et ad integrum, rem inexquisita, per meos wadios et andelangos et per hunc mandatum ad mea ælemosina faciendo in pauperes vel sacerdotes dispensando tibi trado, ut, quicquid exinde egeris gesserisve, me in omnibus et ex omnibus ratum et aptum atque transactum, in omnibus definito esse cognoscas. Et quod nec fieri credo, si ego ipse aut aliquis de heredibus meis vel quislibet opposita persona, qui contra hanc mandatum transactum quicquid venire conaverit, inferat tibi una cum sotio fisco auri untias tantas esse multando, et presens mandatum post te firmiore retineas. Stipulatione subnixa.

(1) Sur le sens exact du mot *wadium*, voir : Du Cange, *h. v.*, t. VI, p. 718, col. 2 ; — Thévenin, *Contributions à l'histoire du droit germanique*, dans N. R. H., 1880, p. 69 et sq ; — Esmein, *Etudes sur les contrats*, p. 70 et note 2 ; — Heusler, *l. c.*, t. I, p. 216. — Il me suffit ici de faire remarquer que le mot *wadium*, qui d'après M. Heusler est le nom bavarois de la *festuca*, intervient dans les actes translatifs de droits réels au même titre que la *festuca* : on fait tradition *per wadium et andelangum*, aussi bien que *per festucam et andelangum*. Voir les exemples cités par Du Cange, v° *wadium* ; v° *andelangus* (t. I, p. 250, col. 1). — Cf. Formulæ Sal. Lind. 12 (Zeumer, p. 275 ; Roz., 133) ; Cluny, n° 15 (870), t. I, p. 19.

significative encore : c'est à lui que les contrevenants devront payer l'amende réparatrice de leurs torts : c'est à lui qu'elle profitera, et l'auteur de l'acte se soumet lui-même à cette pénalité éventuelle. Il faut en conclure que le fiduciaire a été rendu vraiment propriétaire ; le droit réel vague et extensible que lui donnait la pratique des Barbares se précise dans l'espèce sous la forme absolue du *dominium* romain. Le fait semble naturel, si l'on songe à la région qui a produit le texte en cause : au pays Sénonais, le droit de l'Empire laissait encore des souvenirs assez vivants : l'éducation des rédacteurs de notre formule se ressentait sans doute de l'ancienne discipline classique ; il est logique que des esprits ainsi formés ne se soient pas contentés des notions flottantes venues d'Outre-Rhin, et qu'ils les aient fixés dans le concept très net auquel leur esprit était accoutumé. Il n'en est pas moins vrai que l'opération, malgré cette analyse romaniste, conservait une physionomie franchement germanique ; il y avait là pour les Gallo-Romains un nouveau type juridique qui pouvait remplacer l'acte à cause de mort disparu. La pratique sut utiliser la souplesse native de l'institution ; elle en diversifiait l'application, réalisait par ce moyen l'équivalent d'un legs, d'une instititution, d'héritier, et donnait l'illusion d'un véritable testament : l'acte connu sous le nom de testament d'Eccard (vers 840) en fournit un excellent exemple.

Le comte Eccard (1) fait passer tous ses biens présents à quinze exécuteurs testamentaires, treize prêtres et deux laïques, et il leur indique avec force détails l'usage qu'ils devront faire de sa fortune. Il leur ordonne de payer ses dettes et de réparer les torts par lui causés. Avec la même minutie que les Romains rédigeant leurs legs, il dispose

(1) Thevenin, *Textes*, n° 76. Voir l'appendice.

qu'il faudra donner telle villa ou tel meuble à telle église, à tel ami, à tel parent. Une certaine latitude est cependant laissée aux fiduciaires, pour le cas où le disposant aurait omis quelqu'un ou quelque chose : « Ne manquez pas, leur dit-il, de donner vos soins aux affaires que j'oublie par distraction : réglez-les au mieux des intérêts de mon âme, car nous ne pouvons pas tous penser à toutes choses. » Une fois accomplies ses volontés particulières, le reliquat de l'avoir mobilier ou immobilier sera distribué aux pauvres. Toutes les libéralités posthumes du comte passent ainsi par les mains de ses exécuteurs testamentaires : *donate, dispensate*, leur dit-il. Une seule exception se présente, lorsqu'il attribue quelques objets précieux à Richildis, son épouse : il s'adresse directement à elle : *dono*, comme pour l'inviter à prélever d'abord les objets qu'il lui destine, avant la mainmise générale des exécuteurs. Ceux-ci reçoivent le droit réel germanique normalement conféré aux salmanns ; il leur est remis dans la tradition effectuée par le gage, le gantelet, la charte : *ut sicut per instrumenta kartarum vobis tradidi, et per quadium et andelangum, seu* (1) *per istos breves commemoratum habeo* (2). Ils le passeront ensuite aux bénéficiaires dé-

(1) *Seu*, dans le latin de l'époque, a souvent le sens de *et*. La même charte en fournit une preuve quelques lignes plus haut : pro salute animæ meæ, *et* genitoris mei Hildebranni, *seu* genitrice mea Dunnana, germano*que* meo Theodorico, *necnon* et uxoribus Albegundis et Richildis.

(2) D'après M. Thévenin (*Textes*, p. 100, Rubrique), la mention du *wadium* et de l'*andelangus* se référerait à la conclusion d'un contrat ; il s'agirait d'un « mandat formé par l'offre et l'acceptation d'un gage et d'un gantelet. » Cette interprétation me paraît inadmissible pour deux raisons, l'une de fond, l'autre de texte : 1° je ne sache pas que le gantelet ait jamais figuré, à l'époque franke, dans aucune solennité créatrice d'obligations ; cf. Esmein, *Histoire des Contrats*, p. 69 et sq. ; Heusler, *l. c.*, t. II, p. 225 et sq. ; Du Cange, v° *andelangus*, t. I, p. 250. —

signés, au profit de qui il se développera dans sa plénitude. Entre les mains des salmanns, il subit les restrictions corrélatives de l'intention qui le leur a fait conférer: Eccard ne le leur a donné que pour qu'ils pussent l'aliéner conformément à ses désirs; il détaille ses volontés à ce sujet dans le document, rédigé en double exemplaire, qui nous est parvenu et dont nous analysons le texte. Ces instructions ne sont d'ailleurs que conditionnelles: elles ne valent qu'en prévision de l'hypothèse où leur auteur mourrait sans enfants: dans le cas contraire, elles sont nulles et non avenues : *sed* (1) *vero peto karitati vestrae, ut istius-modi nostram consumpstantiam dispensetis, ea vero ratione, si Deus nobis filium aut filiam interim non dederit*. Mais remarquons que cette réserve n'intervient qu'à propos des bénéficiaires ultimes; elle n'affecte pas la remise même du droit réel aux exécuteurs : le disposant s'est livré à leur discrétion. Il compte sur leur loyauté et sur leur nombre pour empêcher les dilapidations et les combinaisons frauduleuses. Il les adjure d'agir comme devant rendre compte au tribunal du Christ. Se reposant sur eux comme sur lui-même, il les substitue à sa propre personnalité; par eux, cette personnalité sera prolongée lorsque le corps sera mort, et ainsi l'exécution testamentaire nous ramène à l'institution d'héritier. De part et d'autre, il s'agit d'individus qui reçoivent un droit sur

2) Le mot-à-mot de M. Thévenin me semble bien difficile à établir. Pour traduire littéralement la phrase, le plus simple, semble-t-il, est de faire de *per guadium et andelangum* le régime du verbe *tradidi*, ou du verbe *commemoratum habeo* considéré comme impliquant l'idée d'une tradition renouvelée; cf. Pérard, *Recueil de plusieurs pièces curieuses pour l'histoire de Bourgogne*, p. 27, n° VI : sicut jam per instrumento et kartarum, seu per guadium et andelagum, vel per ipsos breves vobis tradidi.

(1) Le texte porte *nec*; mais la phrase est inintelligible. M. Esmein propose très heureusement de lire *sed* au lieu de *nec*.

la totalité des biens du disposant, et qui doivent assurer la transmission de ces richesses à ceux que leur désigne le propriétaire qui disparaît. Seulement tandis que l'héritier gardait son titre à perpétuité pour continuer la personne du défunt d'une façon durable et lui assurer une sorte d'immortalité terrestre, l'exécuteur testamentaire n'est chargé que d'un office essentiellement temporaire; en un certain sens, le défunt survit en lui, mais simplement pendant le temps nécessaire pour achever le règlement des affaires d'ici-bas, et surtout pour mériter par une aumône suprême la récompense céleste et la vie éternellement bienheureuse.

Les salmanns du Nord furent connus même des pays du Midi, qui dans une certaine mesure modifièrent leurs propres usages selon le modèle importé des régions septentrionales. Les exécuteurs testamentaires de Teubert, seigneur de Septimanie (1), ressemblent étrangement à ceux du comte Eccard : des deux côtés, le disposant a « recommandé son aumône » à ses hommes de confiance, et il les a institués par la charte et le gantelet. Mais la mention expresse d'une tradition a disparu du document languedocien. A-t-elle eu lieu, oui ou non? Si oui, a-t-elle transmis aux fiduciaires de Teubert le même droit réel qu'à ceux d'Eccard? Bref, les praticiens du Sud ont-ils

(1) *Hist. du Languedoc*, éd. Dulaurier, t. II, Preuves, n° 100, col. 214. Ego Teudericus et Graginus et Terdericus presbiter et Ferraldus, qui sumus elemosinarii condam qui fuit Teuberti, *comendavit nobis suam elemosinam* per suum andanlangum et per paginam testamenti sui, quod manibus suis eum adfirmavit vel conscribere rogavit, vel pluresque personarum adfirmaverunt vel subterfirmaverunt atque roboraverunt, ita commendavit nobis ut omnis res suas mobiles tam immobiles eas donare fecisse fecissemus tam in sacerdotibus quam et in pauperibus vel eciam in monasteriis si que tam sucemancipia deliberare fecissemus, vel etiam ut de suum alodem ad Amalberto donare fecissemus.

exactement compris la portée des formules qu'ils copiaient? Je ne me charge pas de résoudre ces problèmes. Deux faits seulement me paraissent susceptibles d'être dégagés avec certitude : c'est la persistance intime, dans les consciences méridionales, de l'idée traditionnelle de mandat pour expliquer l'exécution testamentaire (1). C'est aussi la diffusion, plus profonde au Nord, plus superficielle au Midi, mais partout effective et sensible, des attributs des salmanns comme marques distinctives des exécuteurs testamentaires.

V

Clauses accessoires.

A côté des dispositions patrimoniales, les testaments romains pouvaient contenir et contenaient souvent des nominations de tuteur, des affranchissements, des prescriptions relatives à la sépulture du *de cujus*. Les *epitome* consacrent encore quelques lignes aux tuteurs testamentaires (2), par un respect routinier du texte du Bré-

(1) Arg. des mots : *commendavit nobis ut omnis res suas*, etc...

(2) Le passage principal du Bréviaire est aux Institutes de Gaius, I, 7, *de tutelis*, pr. et § 2. Les *epitome Aeg.*, *Mon.*, *Seld.*, reproduisant exactement le texte officiel, définissent les tuteurs testamentaires « ceux que le père ou l'aïeul paternel désigne par testament à ses fils ou petits-fils. » Mais il est remarquable que l'*ep. Guelph.* ne parle que des tuteurs légitimes. — Au cas où le défunt a confié le rôle de tuteur à un affranchi, les *epitome Aeg.* et *Mon.* déclarent que celui-ci n'a pas le droit de se récuser ; les *epitome Guelph.* et *Mon.* enseignent qu'il peut lui être adjoint un curateur (Paul, II, 30). — Il est en outre fait mention des tuteurs testamentaires sous une sentence de Paul (IV, 12, § 3) par les *ep. Aeg. Guelph. Mon.*; — sous C. Th. III, 17, c. 3, par les *ep. Ludg.* et *Mon.*; sous C. Th. III, 18, c. unique, par l'*ep. Mon.* C'est à ces constitutions que se réfère la formule de Tours, 24, Zeumer, p. 148 (Roz. 119).

viaire ; mais la Loi des Wisigoths les ignore (1), et les documents de pratique n'en présentent pas d'exemple. Au contraire, les affranchissements et les règlements funéraires gardent une importance considérable.

Les *epitome* posent en principe la possibilité d'appeler par testament les esclaves à la liberté (2). Ils opposent, comme on le faisait au temps classique, la *directa libertas* à la *libertas fidicommissoria*, en indiquant quelques conséquences de la distinction (3). Ils maintiennent mêmes les restrictions de la loi *Fufia Caninia*, dont les dispositions compliquées sont assez exactement reproduites (4) : au Bréviaire, les institutes de Gaius et les sentences de Paul indiquaient deux modes de computation différents du maximum d'esclaves que peut libérer chaque testateur : l'antinomie persiste dans les *epitome* (5), mais ils sont tous d'accord entre eux et avec le texte offi-

(1) Cf. IV, 3, § 3. Walter, t. I, p. 501.

(2) Gaius, I. 1, § 1. Ep. Guelph., Mon., Seld., Scintilla ; — II, 3 (ou XI), § 6. Ep. Mon. Seld. — Paul, IV, 12. § 3. Ep. Aeg. Mon. Guelph. ; — IV, 3, § 1. Ep. Guelph. et Mon.

(3) Définition du fidéicommis de liberté : Gaius, II, 7 (ou XIV, ou XV), § 7. Ep. Mon. Seld. — Affranchissement de l'esclave d'autrui ; texte précité, et Gaius, II, 7 (ou XIV, ou XV), § 8. Ep. Guelph. Mon. Seld. - Mort ou mauvais vouloir de l'individu grevé d'un fidéicommis de liberté : Paul, IV, 11, § 4 ; Ep. Guelph., Mon. ; — IV, 12, § 2. Ep. Aeg. Mon. Guelph. — *Libertas fideicommissoria* accordée à un esclave qu'on nomme tuteur. Paul, IV, 12, § 3, Ep. Mon. — Application au fidéicommis de liberté des mêmes restrictions qu'à la *directa libertas* : Paul, IV, 1, § 16. Ep. Guelph. Mon.

(4) Gaius, I, 2, *de numero servorum testamento manumittendorum* ; ep. Aeg. Guelph. Mon. Seld — Paul, IV, 13, *ad Legem Fusiam Caniniam* ; ep. Aeg. Guelph. Mon. — Le mode de computation indiqué par l'*ep. Guelph.* aux Institutes de Gaius diffère très légèrement de celui que décrit le texte du Bréviaire.

(5) Au moins dans ceux qui enseignent un mode de computation à la fois aux institutes de Gaius et aux sentences de Paul, c'est-à-dire dans les epitome *Guelpherbytani* et *Monachi*.



ciel pour assigner aux maxima eux-mêmes un maximum de 100 : c'est le nombre le plus élevé d'affranchissements à cause de mort que l'on tolère. La loi des Wisigoths prévoit expressément les affranchissements par acte de dernière volonté : qu'ils soient faits par écrit ou oralement, elle en proclame la validité, pourvu que, dans un délai de six mois, trois ou cinq témoins déposent des intentions du *de cujus* (1). Elle ignore complètement les limitations de la loi *Fufia Caninia*, — et il en est de même des chartes frankes. Celles-ci nous montrent au contraire à quel point l'usage des affranchissements était répandu (2). A l'époque mérovingienne, il n'est pas de testament qui n'en fasse mention. Cependant il n'est pas très fréquent que la liberté soit conférée directement et exclusivement par le testament même (3). Plus généralement on confirme, après coup ou par avance, les affranchissements qui ont été ou pourront être faits (4). On précise avec grand soin les droits et les devoirs de ces nouveaux hommes libres, qui d'ordinaire restent dans une situation dépendante vis-à-vis du *manumissor* ou de ses héritiers; on leur fait concession de quelques biens pour reconnaître la capacité qu'ils acquièrent (5). A la fin du VIIIe siècle,

(1) V, 7, § 1. Walter, p. 529. Si quis moriens per scripturam, aut præsentibus testibus, manumiserit mancipia sua, voluntas ejus habeat firmitatem, dummodo infra sex menses, trium aut quinque testium, quibus credi possit, testimonio comprobetur.

(2) Voir Marcel Fournier; *L'Affranchissement dans le droit gallo-franc*, p. 87.

(3) Il y en a cependant des exemples: Form. Wis, n° 21 (Zeumer, p. 586): Ill. et ill. liberos esse volo, quorum pro confirmanda ingenuitate donare eis elegi et dono hoc et illud. — Testaments d'Aredius (573), de Bertran (615), d'Erminethrude (700), plus tard de Dadila (813).

(4) C'est ce que font, entre autres, Adalgyse (634) et Widerad (721) dans leur testament.

(5) Voir par exemple testament de Widerad (721) : .... illas cessiones quas ad libertos nostros G. et G. clericos, ad eorum

après la suppression de l'acte *mortis causa* romain au nord de la Gaule, les clauses confirmatives de liberté ont-elles aussi disparu (1) : elles n'avaient plus leur raison d'être dans les actes entre-vifs qui prirent la place du testament, donations ou institutions d'exécuteurs testamentaires ; ces chartes ne devaient en effet contenir que ce qui intéressait le destinataire, donataire ou exécuteur; on ne devait pas y voir figurer le nom d'affranchis, qui restaient étrangers à l'opération.

Les sujets francs ne manquent pas non plus de s'occuper de leur sépulture (2). Ils désignent l'endroit où ils désirent être enterrés : c'est une église ou une abbaye, à l'ombre de laquelle ils veulent attendre la résurrection du dernier jour, et qu'ils enrichissent de quelque libéralité en récompense de ce service (3). Quelquefois aussi ils laissent des indications sur les soins dont leurs tombeaux devront être entourés; ils demandent à des parents, des amis ou des serviteurs, de venir les visiter (4), et chargent des affranchis d'entretenir auprès de leur cercueil un

ingenuitates confirmandas, Daolonecas in Bornato et in Ceresio fecimus, quando eos pro animæ nostræ remedio ingenuos dimissimus, ut dum advivunt hoc teneant, et post ipsorum discessum cum omne superposito ad jam dictam casam Sancti Præjecti, ubi eorum patrocinia et defensionem constituimus, revertere faciant.

(1) On n'en rencontre plus dans les testaments de Fulrad (777), d'Eccard (vers 840), de saint Rodulfe (856 et 860), de Godefredus (866).

(2) Le codicille de saint Amand (675), n'a pas d'autre objet.

(3) On lit par exemple dans le testament d'Hadoin (642) : [dono] basilicæ domni Victurii, ubi ipse dominus requiescere dignoscetur, et, si meruero, inibi sepulturam habere desidero; dono tibi villam nuncupatam Acerveo, etc...

(4) Bertran « adjure » par son testament son neveu Sigechelme de venir avec sa famille, deux ou trois fois par an, visiter son tombeau : il veut que tous ses affranchis soient présents à son enterrement ; il prie un ami d'assister chaque année au service qui sera célébré pour lui.

luminaire perpétuel, ou de faire offrande du pain aux messes dites pour eux (1). Mais en général ces préoccupations sont reléguées au second plan. Ce que les chrétiens de l'époque franke sollicitent surtout de ceux qui leur survivront, ce sont des prières. Ils laissent leur fortune à des couvents, dans le but de participer aux bonnes œuvres des moines; ils imposent comme charges de leurs libéralités la récitation d'offices, la célébration de messes pour le repos de leur âme et de l'âme de leurs parents: ils fondent en dix églises des services anniversaires (2), de façon qu'on implore à intervalles réguliers la clémence divine en leur faveur. L'attention que les Romains concentraient sur leur cortège funèbre et la décoration de leur mausolée s'est reportée sur les cérémonies religieuses qui accompagneront la mise au tombeau du défunt, et qui plus tard se renouvelleront d'année en année pour hâter son entrée au ciel.

(1) Marc. II, 17 (Zeumer, p. 87; Roz. 129): Oblata vel luminaria, juxta quod ipsas epistolas continent, ad sepulchra nostra tam ipsi quam proles eorum implere studeant. — Cf testaments d'Aredius (572) et de Bertran (615).

(2) Voir notamment le testament d'Eccard (vers 840).

CHAPITRE III

EXERCICE ET LIMITES DU DROIT DE TESTER

L'histoire du droit de tester présente à l'époque franke le tableau d'une confusion qui touche à l'incohérence. Nous n'assistons pas au développement rationnel d'une évolution conduisant par degrés des principes romains ou barbares de l'âge antique aux règles coutumières du XIII[e] siècle : c'est une série de soubresauts, de marches en avant suivies de reculs, de luttes partielles alternativement achevées dans le succès ou la défaite. La liberté testamentaire romaine, combattue par les tendances germaniques contraires, apparaît tantôt victorieuse et tantôt affaiblie. Sous les Carolingiens, elle semble prévaloir définitivement: il n'est même plus question des limites qui en restreignaient primitivement l'absolutisme. Mais cet état de droit théorique ne correspond qu'imparfaitement à la réalité pratique des faits, et dès la fin de notre période se dessine un puissant mouvement de réaction qui ira s'accentuant aux siècles postérieurs.

I

Incapacités.

Il serait long et pénible de suivre une par une les incapacités marquées au Bréviaire d'Alaric, pour en noter les

déviations au cours des âges. Cette étude nous entrainerait au delà des bornes où nous limitons nos recherches. Sans doute, si l'on voulait reconstituer pour chaque siècle un manuel de praticien, fournissant la solution de toutes les difficultés susceptibles de se présenter en fait, il faudrait s'enquérir minutieusement des moindres particularités de l'institution décrite; mais notre but n'est pas tel. Nous voulons simplement esquisser la physionomie du testament dans la lente variation de ses traits caractéristiques : nous pouvons donc négliger les détails accidentels, qui ne tiennent pas à l'essence de cet acte, et qui ne concourent pas à en déterminer l'évolution. Les incapacités sont de ce nombre. Chacune se développe ou s'atrophie en vertu d'une loi propre ; elle a sa vie indépendante; il appartiendrait aux historiens de la puissance paternelle, de la minorité, de la tutelle, d'en décrire le cours (1).

(1) Nous pouvons cependant compléter le tableau que nous avons commencé de la législation testamentaire d'apres les *epitome* et la *Lex Wisigothorum* en indiquant les passages de ces documents relatifs aux incapacités.

L'âge requis pour laisser un testament valable est fixé par les *epitome*. comme il l'était par le Bréviaire, à 14 ans pour les garçons, et 12 ans pour les filles :

Gaius. II, 2 (ou X), § 2.. Ep. Aeg. Guelph. Mon. Seld.

Paul, III, 4, § 1. Ep. Aeg. Guelph. Mon.

L'epitome Monachi, à la suite du texte de Paul, applique le principe aux *spadones*; mais *l'epitome Guelpherbytani* retarde pour eux la majorité testamentaire jusqu'à 19 ans.

La loi des Wisigoths place à 14 ans l'âge où il est normalement permis de tester, sans distinguer entre les garçons ou les filles; seulement à partir de 10 ans, elle permet aux enfants de régler le sort de leurs biens, lorsqu'ils sont en danger de mort :

II, 5, § 11.

Les fous ne peuvent pas tester, si ce n'est dans les intervalles lucides :

Gaius, II, 2 (ou X) § 3. Ep. Aeg. Guelph. Mon. Seld.

Paul, III, 4, § 5. Ep. Aeg. Mon. — Guelph. § 4.

Lex. Wis. II, 5, § 11.

Toutefois il en est quelques-unes qui se rattachent à l'organisation générale de la société, et dont il faut connaître l'existence pour se rendre compte du rôle effectif du testament. Nous indiquerons d'un mot rapide la situation des individus qui ne jouissent pas d'une liberté complète, et celle des personnes appartenant à l'Église à titre de prêtre, de clerc, de moine ou de religieuse.

Le droit romain, avec sa netteté habituelle, avait réparti les hommes en classes clairement définies et armées de droits parfaitement fixés. Cette précision se reflète encore dans les *epitome*. Ils reproduisent exactement, au point de vue civil, les distinctions romaines : entre les esclaves, dénués de toute personnalité (1), et les ingénus citoyens

Deux *epitome* indiquent que le prodigue revenu à la raison recouvre le droit de tester :

Paul, III, 6, § 5. Ep. Mon. — Ep. Guelph. § 6.

Les *epitome Mon. Seld. Guelph.* déclarent qu'en principe le fils de famille ne peut pas tester ; mais *l'epitome Aegidii* ajoute : sans le consentement de son père, ce qui modifie complètement le caractère de l'incapacité :

Gaius, II, 2 (ou X) § 1.

Il est d'ailleurs permis au fils de famille de disposer par testament de son pécule castrense :

Paul, III, 4, § 3. Ep. Aeg. Mon. — Guelph. § 2.

La loi des Wisigoths assure au fils la libre disposition des biens qu'il tient de la munificence royale ou des bienfaits de son seigneur (*patronus*) ; quant aux biens qu'il s'est acquis par son travail dans des conditions différentes, le tiers doit en faire retour au père, s'il y a communauté de vie entre le père et le fils :

IV, 5, § 5.

Trois des *epitome* indiquent que la condamnation à une peine temporaire n'entraine pas l'incapacité de tester.

Paul, III, 6, § 2. Ep. Aeg. Mon. — Guelph. § 3.

Quant à l'interdiction dont les sentences de Paul frappaient les femmes *quæ luxuriose vivunt*, il est remarquable qu'aucun des *epitome* ne la mentionne.

Paul, III, 4, § 6.

(1) Pour les captifs de guerre, les *epitome Monachi* et *Seldeni* rappellent les théories du *postliminium* et de la loi *Cornelia* : l'*epi-*

Romains, investis d'une capacité complète, se placent les affranchis, divisés eux-mêmes en trois catégories : les Latins et les déditices sont privés de la *testamenti factio*(1); elle appartient au contraire aux affranchis citoyens romains(2), sous le bénéfice seulement des droits de réserve assurés au patron ou à ses héritiers. Cette réserve est de la totalité au profit du *manumissor* lui-même. s'il survit à son affranchi (3). Mais à partir de la chute de l'Empire et pendant toute la période d'organisation du système féodal. les situations juridiques évoluèrent dans le sens d'une diversité croissante. Beaucoup d'esclaves s'élevaient au dessus de leur infime condition sans arriver jusqu'à une indépendance absolue : quelques ingénus d'autre part aliénaient une partie de leur liberté, et il se formait ainsi une série de types intermédiaires, doués d'une semi-capacité. Dès la loi des Wisigoths, on en saisit la trace. Sans doute, dans ce code, la législation des affranchis s'inspire pour une large part des souvenirs romains. Lorsque le *manumissus* meurt sans enfant légitime, tout ce qu'il a reçu de son *manumissor* retourne au patron ou à ses héritiers. Les biens qu'il a acquis par son travail en restant sur le domaine de son ancien maître sont divisés en deux parts égales : il dispose de l'une comme il l'entend, l'autre revient au patron (4). Quant au pécule, en général il ap-

tome Guelpherbytani en indique le résultat pratique sans l'expliquer : l'*epitome Aegidii* se contente de signaler l'incapacité des captifs de guerre (Paul, III, 6, § 1).

(1) Gaius, I, 1. § 4. Ep. Aeg. Mon. Seld.

(2) Gaius, I, 1, § 4. Ep. Guelph. Mon Seld. Scintilla.

(3) Novelles de Valentinien III, t. VI, c. unique La réserve de la totalité, si le *manumissor* survit à l'affranchi, est consacrée par les *epitome Aegidii* et *Monachi*. — Si le *manumissor* prédécède, réserve de 1/5 au profit de ses héritiers mâles et par les mâles, pourvu que l'affranchi lui-même de laisse pas de descendants (Epitome Aeg. Mon. Guelph. Lugd).

(4) V. 7, § 13 ; Walter, p. 532. Si manumissus sine filiis de

partient à l'affranchi ; mais une clause formelle de l'acte d'affranchissement peut décider le contraire (1), et voilà un premier indice de la variété presque infinie qui s'introduit dans le droit. En outre, parmi les non affranchis, on oppose aux *mancipia*, ou esclaves proprement dits, les *servi*, dont la condition est un peu meilleure. Bien que les actes d'aliénation leur soient en principe interdits, ils sont autorisés à disposer pour le salut de leur âme, en faveur de l'Église ou des pauvres, de leur avoir mobilier, et même de leurs *mancipia* ou de leurs terres s'ils n'ont pas d'autre fortune (2). Les chartes mérovingiennes ou carolingiennes accentuent le mouvement de différenciation.

legitimo conjugio natis transierit, et ei patronus in libertate aliquid donaverit, aut forsitan de ejus servitio discesserit, et alio se contulerit ; omnia ad patronum, sive ad ejus heredes, sine dubio revertantur. Quod si forsitan in terra ipsius patroni consistens, qui eum manumisit, aliquid de labore suo acquisierit, medietas acquisitæ rei exinde in patroni potestate consistat, et de alia medietate libertus faciendi quod voluerit in ejus potestate permanserit..... Similis et circa ancillas manumissas forma servetur.

(1) V, 7, § 14. Walter, p. 533 Qui mancipium suum per scripturam liberum faciens constituerit fortasse non licere ei de peculio suo aliquid judicare : si quid exinde libertus libertave vel distraxerit aut donaverit, modis omnibus invalidum erit : patronus ejus scilicet, aut patroni filii, omnia vindicaturi sunt. Certe si nulla talis conditio intercesserit, liberum erit illi, qui liber est redditus, de peculio suo facere quod voluerit.

(2) V, 7, § 16, Walter, p. 533. Servis nostris sine permissu nostro libertatem mancipiis suis dare non sinimus : quod si dederint, libertas data non valeat. Sed hæc tantummodo libertas habeat firmitatem, quæ ex nostra præceptione conceditur. Simili modo servis nostris mancipia sua aut terras ad liberos homines non liceat venditione transferre, nisi tantummodo aliis servis nostris vendendi habeant potestatem. Quod si terras sive mancipia ecclesiis sive pauperibus donare voluerint, donatio hæc vel voluntas nulla ratione subsistat. Illud enim eis tantum pietatis contemplatione concedimus, ut pro animabus suis ecclesiæ vel pauperibus de aliis facultatibus largiantur : et si præter terras vel mancipia

Les testaments en particulier fixent avec autant de minutie que de diversité le degré de capacité et de liberté auquel sont appelés les hommes qui vivent dans la dépendance de l'auteur de l'acte (1). Souvent on déclare expressément que même le droit de tester est accordé à certains individus qu'on affranchit (2), tandis qu'au contraire on défend à d'autres de disposer des biens qu'on leur remet (3).

Il va de soi qu'aucune incapacité n'atteint les membres du clergé séculier. Les *epitome* le déclarent formellement (4); la loi des Wisigoths le donne clairement à entendre (5), et les évêques sont plus empressés que les simples fidèles à régler par un acte de dernière volonté le sort de leurs biens : la plupart des testaments que nous a laissés l'époque franke sont sortis d'une plume épiscopale.

nil habeant facultatis, tunc de terris atque mancipiis eis vendendi tribuimus potestatem. Ita ut, sicut supra dictum est, a servis nostris tantummodo, quod conservi eorum vendiderint, comparetur : nec liber ullus ad contractum hujus emptionis aspiret. Precium autem quod de terra vel mancipiis accesserit, erogare pro animabus suis ecclesiis vel pauperibus non vetentur.

(1) Voir Pardessus ; Prolégomènes, p. 231 et sq. — Guérard, *Polyptique d'Irminon* : Prolégomènes, t. I, p. 199 et sq. — Marcel Fournier, l'*Affranchissement dans le droit gallo-franc*, p. 127 et sq., surtout p. 143.

(2) Form. Arv. 3 (Zeumer, p. 30; Roz. 64) : Meliore statum habet, testamentum condere, testimonium perhibere, emere, vindere, donare, commutare habeat potestatem, sicut et alii cives Romani. — Bitur. 9 (Zeumer, p. 172; Roz. 62). — Cart. Sen. 1 (Zeumer, p. 185; Roz. 84). — Cart. Sen. appendix. 2 et 3 (Zeumer, p. 210; Roz. 63).

(3) Voir par exemple le testament d'Aredius (572) : Peculiaria vero eorum, campellos et vineolas, nullo inquietante, possideant, ea vero conditione ut nec vendere nec alienare præsumant.

(4) C. Th., V, 3 : ep. Lugd. Mon. Scintilla.

(5) IV, 2, § 12. Walter, t. I, p. 495. Clerici vel monachi, sive sanctimoniales, qui usque ad legitimum gradum non reliquerint heredes, et sic moriuntur, ut nihil de facultatibus suis ordinent, ecclesia sibi, cui deservierint, eorum substantiam vindicabit

On comprend, en effet, qu'il était d'une importance particulière pour les dignitaires du haut clergé de régler la dévolution de leur fortune, souvent considérable, puisqu'ils ne pouvaient pas compter sur la transmission normale qui résulte de la paternité légitime (1). Mais on les avertit de ne pas confondre le patrimoine ecclésiastique avec le leur, et de ne jamais aliéner un bien de l'Église sans s'être assuré du consentement des clercs (2). Au IXe siècle, on va même plus loin: on essaie d'établir cette présomption que toutes les acquisitions réalisées par des prêtres après leur ordination ont été opérées pour le compte de l'Église, et on leur enjoint de restituer à la personne morale qu'ils représentaient les biens dont ils sont ainsi devenus propriétaires (3).

Les moines et les religieuses gardent également la capacité de droit commun. Non seulement il n'est pas question de la mort civile que les jurisconsultes laïques leur appliqueront aux siècles postérieurs; mais même la théorie canonique de la *dedicatio* n'est pas encore élaborée (4). Les *epitome* (5) comme la loi des Wisigoths (6) assimilent au point de vue testamentaire les clercs réguliers aux clercs séculiers, et reconnaissent aux uns comme aux autres la faculté de tester. En fait, nombre d'abbés et d'abbesses, depuis Aredius d'Attane jusqu'à Fulrad de Saint-Denis, règlent par un acte personnel le sort de leur

(1) Cf. Pardessus; Prolégomènes, p. 213.

(2) Capitula excerpta canonica (Bor. t. I. p. 231) : § 2 et 3. — Capitula Rhispacensia Frisingensia Salisburgensia (799-800), c. 37 (Bor. t. I. p. 229).

(3) Capitulare ecclesiasticum (810-813), § 11 (Bor. t. I, p. 178). *Adde* un des faux capitulaires de Benoît le Lévite, vers 744, c. 11 (Baluze, col. 154). Cf. Boretius, t. I, p. 451, note 1.

(4) Voir Louis, *Effets de la Professio monastica*, p. 15 et sq.

(5) C. Th. V, 3, ep. Lugd. Mon. Scintilla.

(6) IV, 2, § 12. Voir *supra* p. 329, note 5.

fortune (1). Les vœux monastiques existent sans doute (2), mais ils ne relèvent que du for ecclésiastique, et ce n'est que très lentement que l'autorité laïque se mêle de les sanctionner. Sous les Carolingiens, le pouvoir impérial se joint aux synodes pour défendre aux moines de s'occuper d'affaires temporelles (3); on leur interdit de s'approprier les pécules qui leur sont confiés (4) et de conserver aucun droit de propriété (5) : ils ne doivent pas posséder les biens du siècle auxquels ils ont renoncé. Ainsi se forme peu à peu une nouvelle classe d'incapables, et la liberté testamentaire perd de ce côté une partie du terrain qu'elle gagnait lentement par l'émancipation progressive des esclaves.

II

Disponible.

C'est surtout au point de vue du disponible qu'il est in-

(1) Cf. Pardessus, Prolégomènes, p. 215.

(2) Sainte Radegonde, par exemple, déclare dans son testament (584) qu'elle et ses religieuses ont fait tradition de tous leurs biens à leur couvent, ne se réservant rien pour elles-mêmes : Cuique, formam apostolicam observantes, tam ego quam sorores de substantia terrena quæ possidere videbamur, factis cartis, tradidimus, metu Ananiæ et Saphiræ in monasterio positæ nihil proprium reservantes (Greg. Tur. *Hist. Fr.* IX, 42; SS. R. M. t. I. p. 401. — Pardessus, t. I, p. 151).

(3) *Secularia negotia.* Voir : admonitio generalis (789): § 23 (Bor. t. I, p. 55). — Duplex legationis edictum (789), § 30 (Bor. t. I, p. 64). — Synodus Franconofurtensis (794), § 11 (Bor. t. I. p. 75). — Capitula de examinandis ecclesiasticis (802), § 17 (Bor. t. I, p. 111). — Capitula de causis cum episcopis et abbatibus tractandis (811) § 2 (Bor. t. 1. p. 162). — Concilium Moguntinum (847) § 13 (Bor. t. II, p. 179).

(4) Statuta Rhispacensia Frisingensia Salisburgensia (799-800) § 40 (Bor. t. II, p. 230).

(5) Concilium Moguntinum (847) § 14 (Bor. t. II, p. 180).

téressant de se rendre compte du mouvement des idées, et d'observer le choc des traditions antinomiques, sous la direction nouvelle que le christianisme imprimait aux forces sociales (1).

Le phénomène qui commande en premier lieu l'attention, c'est la pénétration rapide, sous ce rapport, des doctrines romaines et germaniques (2). Les deux droits en présence, dont les principes essentiels continuaient une guerre constante, n'en perdaient pas moins leur individualité propre pour faire place à une réglementation fondée sur un mutuel échange de concepts et d'usages. Il n'est pas rare de trouver des testaments à la romaine soumis, quant à la quotité disponible, à un régime tout particulier, et nous avons d'autre part des actes d'allure barbare se référant pour le même sujet à la loi romaine. C'est ainsi que l'évêque Bertran rappelle en testant les privilèges que lui a concédés le roi Clotaire, et que le comte Aengelbert, pour justifier l'étendue de ses donations, invoque à la fois et au même titre la législation romaine et la coutume franke (3). Rien de plus naturel que cet établissement d'un droit commun reposant sur des bases diverses : le régime des libéralités intéresse l'ordre politique et la constitution sociale d'un État : il importe à la vie publique de la nation, et s'organise pour tous, par la réunion d'élé-

(1) Cf. Boissonade, *Histoire de la réserve*, p. 186. — Glasson. *l. c.*, t. III, p. 185.

(2) Voir Stouff, *Personnalité des lois*. p. 62 et sq.

(3) Charte d'Aengelbert (709); Pardessus, t. II, p. 280 : Dum leges et jura sinunt, et convenientia Francorum est ut de facultatibus suis quisque quod facere voluerit liberam habeat potestatem. — *Adde* les formules qui proclament l'accord de la *lex* et de la *consuetudo* pour reconnaître la liberté des dispositions entre-vifs ou à cause de mort : Andec, 37 (Zeumer, p. 16 ; Roz. 171) ; — Andec. 46 (Zeumer, p. 20 ; Roz. 197). — Cart. Sen. appendix 1 (a), (Zeumer, p. 208 ; Roz. 130).

ments préexistants, selon les besoins des temps et des milieux, — tandis que les institutions exclusivement juridiques suivent dans une sphère plus abstraite une marche plus autonome.

Cependant le souvenir de la légitime romaine ne s'est pas perdu de sitôt. Non seulement les *epitome* la maintiennent, comme c'était leur rôle, dans les mêmes conditions que le Bréviaire (1); mais on trouve des formules qui at-

(1) Les *epitome* définissent le testament inofficieux dans les mêmes termes que le Bréviaire : Paul, IV, 5, § 1. — Ep. Aeg., Guelph., Mon.

Ils réservent en plusieurs endroits, comme le texte officiel et l'*interpretatio*, la quarte réglementaire aux ayants droit : *his personis, quibus lex concedit :*

Nov. Valentinien III, t. IV, c. 1. Ep. Aeg. Lugd. Mon.

Nov. Th. XI, c. 1. Ep. Aeg. Mon. Scintilla.

Sont légitimaires : d'abord les descendants, nés avant ou après le testament, par rapport à leurs père, mère, aïeul ou aïeule.

C. Th. II, 19, c. 2. Ep. Aeg. Guelph. Mon. Scintilla.

C. Th. V, 1, c. 4. Ep. Aeg. Mon.

Paul, IV, 5, § 2. Ep. Aeg. Guelph. Mon ; — et la définition de l'inofficiosité.

Comme ascendants, les *epitome*, à la suite du Bréviaire, ne mentionnent que la mère.

C. Th. II, 19, c. 2. Ep. Aeg. Guelph. Mon. Scintilla.

Les *epitome* indiquent les deux mêmes conditions que l'*interpretatio* pour accorder la légitime à des collatéraux : il faut que ce soient des consanguins et qu'ils soient dépouillés au profit de personnes infâmes. Mais tandis que les commissaires d'Alaric exigeaient clairement la réunion de ces deux conditions, les *epitome* sont moins nets et paraissent se contenter de l'une ou de l'autre.

C. Th. II, 19, c. 1. Ep. Aeg. Mon. Scintilla.

C. Th. II, 19, c. 3. Ep. Aeg. Guelph. Mon. Scintilla.

Les justes causes d'exhérédation ne sont jamais énumérées qu'en termes vagues, qui laissent au juge toute liberté d'appréciation. Il n'y a d'exception que dans l'*epitome Monachi*, qui semble préciser limitativement les motifs justifiant l'exhérédation d'une mère par son fils.

C. Th. II, 19, c. 2. Ep. Aeg. Guelph. Mon. Scintilla.

Le mode de calcul de la quarte est indiqué comme au Bréviaire : on déduit de la masse successorale les dettes et les frais

[illegible] elles [illegible] pres- [illegible] le terme [illegible] chartes pour [illegible] Toutefois [illegible]

[illegible] déterminé par la [illegible]

[illegible] par le [illegible]

[illegible] par [illegible]

[illegible] à la [illegible]

(1) [illegible] 17 (Zeumer [illegible] legitimis heredibus [illegible] — [illegible] Zeumer, p. 18 ; Roz. 241). [illegible]

(2) Marc. II, 17 (Zeumer, p. [illegible] pare [illegible] su- [illegible] meritis nos- [illegible] permittit, [illegible] stabilitate debeat per[illegible].

(3) Testament de Widerad (721) : [illegible] reserva- [illegible] heredibus nostris [illegible] etc.... in ea ratione, ut [illegible] in omnibus [illegible] conservare atque defendere. — Cf. testament d'Abbo (739) ; — F.av. 8 (Zeumer, p. [illegible] Roz. 128).

tails anciens de l'institution, les actes de pratique au contraire en manifestent la transformation profonde. D'abord, il est remarquable que les disposants tendent à considérer comme bénéficiaires des biens qu'ils assurent à leur famille, non pas tels ou tels parents considérés isolément, mais bien plutôt l'ensemble de ces proches. A Rome, chaque légitimaire devait recevoir sa quarte, indépendamment du droit des cohéritiers ; dans l'Empire franc, on se préoccupe moins de l'être individuel. On indique les terres qui devront faire retour « aux héritiers », sans songer à une répartition qui fixerait les droits des différents membres du groupe. D'autre part, on étend aux règles de fond la tolérance que le Bréviaire accordait aux règles de forme des partages d'ascendants, et on autorise le père à avantager un enfant, sans fixer de limite à ce préciput (1). Il suffit, semble-t-il, que les parts additionnées de tous les descendants atteignent le taux prescrit. C'est une curieuse dégénérescence des principes individualistes romains, auxquels se substituent les notions de collectivité familiale importées de Germanie. Nous saisissons ici l'action d'un virement secret dans l'orientation des esprits. A cette cause profonde et permanente, agissant à l'insu même des contemporains sur la destinée du droit, s'ajoutaient en sens divers d'autres influences, plus superficielles peut-être, mais d'autant mieux senties, et qui déterminaient un bouleversement complet de la légitime classique. Testateurs romains ou donateurs barbares cèdent à des pressions communes, et un même mouvement confond les fluctuations de leur liberté. Le résultat d'ensemble se résume, du VIe au

(1) Tur. 21 (Zeumer, p. 146 ; Roz. 166) : Quicquid pater unumquemque de filiis vel nepotibus habere voluerit, hoc sibi secundum legis ordinem sine consortis repetitione defendat : nec presumat aliquis contra voluntatem patris agere.

IXe siècle, en un accroissement d'indépendance pour les disposants ; mais les résistances des proches ont souvent arrêté ou forcé au recul cette marche de la coutume ; c'est surtout au profit des enfants que s'est manifesté l'effort réactionnaire, et les droits de la famille, concentrés sur leur tête, se sont à maintes reprises développés et fortifiés.

La loi des Wisigoths en fournit une preuve sensible. Dans ses premières rédactions, elle avait consacré le principe romain de la liberté testamentaire, sans même le tempérer, semble-t-il, par le système de la querela *inofficiosi*. Ce régime fut maintenu relativement aux ascendants et aux collatéraux, que le disposant put toujours dépouiller complètement (1), mais on s'avisa au contraire de protéger énergiquement les descendants. A la faveur de la législation primitive, on avait vu des pères priver leurs enfants de la plus grosse part de leur succession, sur des motifs inavouables, ou même sans motifs. Le roi Receswind s'en émut, et pour des raisons intéressantes. Les fils déshérités, dit-il « ne peuvent plus subvenir aux services publics, tandis qu'ils ne devraient pas manquer de s'acquitter des charges auxquelles ils succèdent, aussi bien qu'à la vertu de leurs parents ». En conséquence, on oblige les ascendants à respecter l'ordre légal de dévolution ; ils ne sont autorisés à disposer que d'une quotité très restreinte de leur fortune : un cinquième au profit

(1) Lex Wis. IV, 2, c. 20 ; Walter, t. I, p. 500. Ut qui filios non reliquerit, faciendi de rebus suis quod voluerit, habeat potestatem. Omnis ingenuus vir atque fœmina, sive nobilis sive inferior, qui filios vel nepotes aut pronepotes non reliquerit, faciendi de rebus suis quidquid voluerit, indubitanter licentiam habebit : nec ab aliis quibuslibet proximis ex superiori vel ex transverso venientibus poterit ordinatio ejus in quocunque convelli : quia recta linea decurrens non habet originem, quæ cum successione naturæ hereditatem possit accipere.

d'un fils ou d'un petit-fils qu'ils voudraient avantager par préciput. Il n'y a d'exception qu'au cas où les enfants, en se rendant coupables de fautes très graves vis-à-vis de leurs parents, s'exposeraient à une exhérédation justifiée (1). En même temps, on restreint la liberté de dispo-

(1) Lex Wis. IV, 5, c. 1. Walter, p. 504. De non exheredandis filiis ; et quod judicium ferant parentes de facultatibus suis. Dum inclita quæque perpetrari cognoscimus, legem ponere secuturis opportune compellimur. Plerique enim indiscrete viventes, suasque facultates interdum vel caussa luxuriæ vel cujusdam malæ voluntatis assensu in personas extraneas transferentes, ita inoffensos filios vel nepotes, aut non ex gravi culpa forsitan obnoxios, inanes relinquunt, ut utilitatibus publicis nihil possint omnino prodesse, quos oportuerat cum virtute parentum injunctum sibi laborem inexcusabiliter expedire. Sed ne sub hac occasione aut utilitati publicæ quandoque depereat, quod perire non debet; aut naturalis pietas suspendatur a filiis vel nepotibus, quam circa eos exerceri competenter oportet: ideo abrogata legis illius sententia, qua pater vel mater, avus sive avia, in extraneam personam, facultatem suam conferre si voluissent, potestatem haberent, aut etiam de dote sua mulier facere quod elegisset, in arbitrio suo consisteret : ista magis servetur a cunctis moderata censura, qua nec parentibus nec avis adimatur judicandi de rebus suis ex toto licentia, nec filios aut nepotes a successione avorum vel genitorum ex omnibus repellat indiscreta voluntas. Igitur pater aut mater, avus aut avia, quibus quempiam filiorum vel nepotum meliorandi voluntas, est, hanc servent omnino mensuram : ut super tertiam partem rerum suarum meliorandis filiis aut filiabus, vel nepotibus atque neptibus, ex omnibus rebus suis amplius nihil impendant, neque facultatem suam ex omnibus in extraneam personam transducant, nisi fortasse provenerit eos legitimos filios vel nepotes non habere superstites..... Sane si filios sive nepotes habentes, ecclesiis vel libertis aut quibus elegerint, de facultate sua largiendi voluntatem habuerint extra illam tertiam portionem, quæ superius dicta est, quinta iterum pars separatibur ; de qua quinta parte, judicandi potestas illis indubitata manebit....... Nam si filius filiave, nepos vel neptis, tam præsumptuosi extiterint, ut avum suum aut aviam patrem aut matrem, tam gravibus injuriis conentur afficere, hoc est, si alapa, aut pugno, vel calce, vel lapide, aut fuste, vel flagello percutiant, sive per pedem, vel per

A. — 22

sition des femmes par rapport à leur dot ; elles conservent le droit d'en attribuer la totalité à qui bon leur semble, si elles ne laissent pas de postérité ; mais dans le cas contraire, les trois quarts de la dot doivent faire retour aux enfants issus du mariage en vue duquel elle a été constituée ; un quart seulement reste à la discrétion de la mère (1) Une situation inexpugnable est ainsi assurée aux parents les plus proches, à ceux pour qui la transmission héréditaire s'impose le plus naturellement, aux descendants à l'infini.

Cette sollicitude de la loi wisigothique pour les fils et les filles correspondait au sentiment général, car dans les textes contemporains et pendant deux siècles encore, on constate que sur tous les points du territoire gaulois les enfants légitimes participaient nécessairement à la succession paternelle ou maternelle. Nombreux sont les actes qui s'inquiètent de leur sort et leur réservent d'impor-

capillos, ac manum etiam, vel quocunque inhonesto casu abstrahere contumeliose præsumpserint, aut publice quodcunque crimen avo vel aviæ seu genitoribus suis objiciant, tales siquidem manifeste convicti, et verberandi sunt ante judicem quinquagenis flagellis ; et ab hereditate supradictorum, si idem avus aut avia, pater vel mater voluerint, repellendi.

(1) Lex. Wis. IV, 5, c. 2. Walter, p. 506. De quota parte liceat mulieribus judicare de dotibus suis. Quia mulieres, quibus dudum concessum fuerat de suis dotibus judicare quod voluissent, quædam reperiuntur, spretis filiis vel nepotibus, easdem dotes illis conferre cum quibus constiterit nequiter eas vixisse : ideo necesse est illos exinde percipere commodum, pro quibus creandis fuerat assumptum conjugium. Denique constituentes decernimus, ut de dote sua mulier habens filios vel nepotes, seu caussa mercedis ecclesiis vel libertis conferre, sive cuicunque voluerit, non amplius quam de quarte parte, potestatem habeat. Nam tres partes legitimis filiis aut nepotibus, seu sit unus sive forsitan plures, absque dubio relictura est. De tota interim dote, tunc facere quid voluerit, erit mulieris potestas, quando nullum legitimum filium filiamve, nepotem vel neptem superstitem reliquerit.

tants immeubles (1); la quantité en serait plus considérable encore, si les pères ne s'en remettaient pas d'ordinaire à la coutume pour faire parvenir à leurs enfants, par voie de succession *ab intestat*, le patrimoine qu'ils leur destinent (2). Lorsqu'une personne veut transmettre à son conjoint ou à des étrangers la totalité de ses biens, c'est qu'elle ne laisse pas de postérité (3); nous n'avons pas d'exemple qu'un mourant oublie complètement dans la répartition de ses richesses des descendants qui n'ont pas démérité.

En ce qui concerne les autres membres de la famille, descendants et collatéraux, les textes nous font assister à une conflagration confuse de principes et de protestations. Le droit nouveau incline à reconnaître aux testateurs une liberté d'allures absolue : mais lorsqu'ils en usent, les parents qu'ils ont privés de leur fortune ne se soumettent pas à leurs dernières volontés; ils revendiquent, les armes à la main, les biens que leur enlève un acte régulier.

Théoriquement, la faculté pour le propriétaire de régler en toute souveraineté le sort de ses richesses est souvent affirmée (4). Il est vrai que ces déclarations, soit expres-

(1) Testaments d'Erminethrude (700), de Dadila (813). — Marc. II, 17 (Zeumer, p. 86; Roz. 129); — Tur. 18 (Zeumer, p. 145; Roz. 246).

(2) La plupart des actes de disposition à cause de mort qui nous sont parvenus émanent de personnes sans postérité légitime, et spécialement d'ecclésiastiques.

(3) Le capitulaire ajouté en 803 à la loi Ripuaire exige l'absence d'enfants pour autoriser l'affatomie (*supra*, p. 204, note 5). — Marc. I, 12 (Zeumer, p. 50; Roz. 253) : igitur venientes illi et illa ibi in palatio nostro, pro eo quod filiorum procreationem inter se minime habere videntur, omnes res eorum inter se per manu nostra visi sunt condonasse. — Marc. II, 7 (Zeumer, p. 79; Roz. 248). Cart. sen. appendix 1 (a) (Zeumer, p. 208; Roz. 130). — Sal. Lind. Addit. 1 (Zeumer, p. 282; Roz. 250). — Cf. Charte de Leodebas (667); testament de Fulrad (777).

(4) Andec. 37 (Zeumer, p. 16; Roz. 171). Licet unicuique de

sément, soit implicitement et vu le contexte, se réfèrent surtout à des aliénations entre-vifs; mais il suffit de se rappeler quelle fusion s'accomplit entre ces opérations et les actes à cause de mort, pour attribuer une portée générale au principe de libre disposition : à mesure que la donation plus ou moins modifiée prend la place du testament, à mesure aussi le disponible illimité admis à propos des donations devient de règle pour toute libéralité. D'ailleurs, en pratique, nous voyons de bonne heure les testateurs en prendre à leur aise avec les droits prétendus de leurs très proches parents. Le plus souvent, il est vrai, on tient à leur laisser quelques immeubles, pour couper court à toute difficulté (1); mais cet usage général est loin d'être sans exception. L'évêque Hadoin se contente d'assigner à son parent Bodilo la jouissance viagère d'une villa (2); le fils d'Idda ne lègue à sa mère que de l'usufruit (3); et Ansebert, autre prélat, qui comble sa sœur de générosités posthumes, ne s'inquiète nullement de faire

rebus suis, quas in presente seculo habere viditur, tam ad sanctum loca seu parentum meliorare, et lex manet, et consuetudo longinquam percurrit, facere quod voluerit. — Arv. 6 (Zeumer, p. 31 : Roz. 163). — Tur. 21 (Zeumer, p. 146 ; Roz. 166). — Salzb. 5 (Zeumer, p. 441 ; Roz. 218). — Cf. Additiones legis Baiuwariorum : additio quinta, I, 2 (Pertz, Leges, t. III, p. 459).

(1) And 41 (Zeumer, p. 18; Roz. 247). — Marc, II, 7 (Zeumer, p. 79 : Roz. 248). — Marc. II, 8 (Zeumer, p. 80; Roz. 249). — Testament d'un marchand nommé Jean, vers 627 (voir Tardif, *Cartons des rois*, n° 4, p. 5). — Testaments d'Adalgyse en 634; de Widerad, abbé de Flavigny, en 721 (voir *supra*, p. 334, note 3).

(2) Testament d'Hadoin (642); Pardessus, t. II, p. 71 : Villam Fontenas in pago Sylviasinensi filius et parens noster Bodilo, dum superstes fuerit, locellum illum tempore vitæ suæ teneat ac possideat.

(3) Testament du fils d'Idda (vers 690); (Pardessus, t. II, p. 211; — Tardif, *Cartons des rois*, n° 26, p. 21). : ipsa villa Ghinnachario, dulcissime genetricæ nostræ Iddanæ, husufructo, dum advixerit tantum, suprascribta villa Ghinnachario possedeat.

participer à sa fortune son frère Autarius (1). Par contre, nous savons avec quelle violence les héritiers s'opposaient à l'exécution des testaments qui frustraient leurs espérances. Il est probable qu'ils essayaient d'excuser leurs violences en invoquant le souvenir de la copropriété familiale; plus d'un dut exciper d'une coutume préexistante pour justifier sa conduite. Abbo, dans son testament, reconnaît même le bien fondé de ces prétentions en assurant une *Falcidie* à sa cousine germaine (2). L'insertion d'une pareille clause, aussi étrange au point de vue barbare qu'au point de vue romain, est la meilleure preuve de l'anarchie doctrinale qui dominait cette matière sous les Mérovingiens.

(1) Charte d'Ansebert (696) : Pardessus, t. II, p. 237. Ansebert ne mentionne son frère Autarius que pour tenir compte des droits de celui-ci dans la villa appelée Hauxiaco, venant de la succession paternelle, restée indivise entre eux, et qu'Ansebert attribue à l'église de Saint-Nazaire : Et pro portione illa quam germanus meus Autarius apud nos ibidem habet, portionem nostram in villa Binago ut habeat volo. Et fortasse (quod non credimus) si ei fuerit contrarietas, in suprascripta villa in Hauxiaco et Binago, quicquid pro proportione mea nobis de alodo parentum meorum, tam de paterno quam de materno quod debitum est, ecclesia Sancti Nazarii ut habeat volo atque decerno. — Sur les libéralités adressées à sa sœur, voir *supra*, p. 282 et sq.

(2) Testament d'Abbo (739) : Pardessus, t. II, p. 375 : Et placuit michi in hanc pagina testamenti mei adnecti de alode parentorum meorum, aviis meis Maurino et Dodinæ, quem apud consubrina mea Honorata, filia Eptolenæ amitæ mei, pro pectionis titulum inter nos divisimus, noscitur convenisset, ut ipsa omnem portionem suam de ipsa facultate præsentialiter recipit ; et de proprietate nostre quod pro falcidia se nos ipsa vel heredis sui superstites fuerint, estare aut per lege recipere potuissent, eis præsentialiter, de proprietatis portione nostræ loca dominata, quem in pactionis nostræ continetur et scripte in falcidia reputata dimisimus, ut nullum quam tempore in postmodo ipsa nec heredes sui contra hanc testamento meo nec projesta nostra ambulare nec refragare debeant : quod si fecerint, pœna quod in pectionis nostræ per commune consensum continet, incurrant, et quod repitent evendicare non valeant.

A partir des dernières années du VIIIe siècle, et surtout au IXe, la situation devient plus nette. Le nouveau droit s'est fortifié, et la liberté s'affirme catégoriquement (1). Aucune réserve n'est assurée aux proches: les libéralités qu'un parent bienveillant leur destine ont un caractère purement bénévole (2): il ne leur doit plus rien. La formule de Sens n° 50 (3), le testament de Fulrad (4) et ceux de saint Rodulfe (5), transmettent à des *extranei* une notable partie ou même la totalité des biens du testateur, sans que celui-ci s'inquiète des membres de sa famille autrement que pour leur enjoindre de respecter ses volontés: les collatéraux ou ascendants n'ont évidemment aucun droit à faire valoir sur la succession du *de cujus*. — Il semble que même pour les enfants une solution identique ait prévalu. La formule de Sens n'exige pas de ceux qui veulent l'employer qu'ils n'aient pas de postérité; elle est proposée à tout malade, fût-il père ou aïeul. Un concile de Mayence (6)

(1) Cart. de Redon, n° 109, p. 83 (869).

(2) Voir, par exemple, le testament d'Eccard (vers 840): sa sœur ne reçoit que des bijoux ou des livres; sa nièce Gerbergane est gratifiée d'une donation immobilière, mais le testateur n'en parle qu'en passant et d'un mot rapide; la valeur n'en doit pas être considérable.

(3) Cart. Sen. 50; Zeumer, p. 206 (Roz. 391). Voir *supra*, p. 313, note 3.

(4) Testament de Fulrad, abbé de Saint-Denis (777). Tardif, *Cartons des rois*, n° 78, p. 61: Ego Fulradus... dono donatumque in perpetuum omnes res proprietatis meæ, quicquid de successionem parentum meorum mihi obvenit, vel de dationibus regum seu de comparato vel commutationis et traditionis, etc... ad partes sancti Dyonisii.

(5) Actes de 856 (Cart. de Beaulieu, n° 16, p. 36) et de 860 (n° 1, p. 1).

(6) Capitula concilii Mogontiæ habiti (826-827) VI (Bor. t. I. 1, p. 312): De orphanis et exheredatis subveniendo. Propter istius itaque pacis concordiam conservandam placuit nobis de orfanis et pauperibus, qui debite vel indebite dicuntur amisisse heredi-

prévoit l'hypothèse d'une exhérédation totale des enfants au moyen d'une série de traditions effectuées par les parents : les évêques réunis essaient de venir au secours de ces déshérités, mais en termes qui montrent bien la possibilité légale de l'éventualité dont ils s'occupent. Le testament d'Eccard paraît correspondre à ces indications. Ce riche seigneur, marié deux fois, et qui n'a pas d'enfants de sa seconde épouse, ne laisse à son fils, Theodericus ou Richard, que quelques objets mobiliers (1). S'il ne s'agit pas d'une parenté naturelle, mais d'une filiation dérivant du second mariage, nous voyons ici les enfants légitimes réduits à des legs insignifiants et en réalité exclus de la succession paternelle.

Les héritiers n'en continuaient pas moins de s'insurger contre ce qu'ils considéraient comme une spoliation, et l'extension indéfinie du disponible était toujours combattue, sinon en droit, du moins en fait, par les moyens violents que nous connaissons. C'est ainsi que les héritiers d'Eccard envahirent les terres laissées par celui-ci à l'abbaye de Fleury-sur-Luze et s'en emparèrent au détriment des moines, « comme si elles leur eussent appartenu par voie de succession » (2).

tatem paterni vel materni juris ad se legibus pertinentem : si alicubi inventi fuerint quos patres vel matres propter traditiones illorum exheredes fecerunt, aliorum scilicet suasionibus aut petitionibus vel aliquo ingenio, omnino volumus atque decrevimus emendare, quantum ab nos vel ad nostram pertinet potestatem, juxta voluntatem Dei et vestram sanctam ammonitionem et considerationem. Quod si forte extra officium nostrum alicubi inventum fuerit, ammonere vestram clementiam audeamus, ut emendetur. — Reproduit dans le recueil d'Anségise, II, 31 (Bor. t. I, p. 421).

(1) Theoderico aut Richardo filio meo donate spada spangisil et sicusios duos (Voir l'appendice).

(2) Quasi hereditarias, contra legem et justitiam pervadendo expoliaverant. — Notice de restitution de 885 (Thévenin, *Textes*, n° 73).

Vers la fin du IXe siècle se produit un fait nouveau (1) : certains disposants font intervenir à l'acte de libéralité qu'ils veulent souscrire, non seulement leur femme, mais encore leurs enfants, pour obtenir d'eux un consentement et une approbation (2). La présence de l'épouse se justifie

(1) Le testament de Burgundofara, que l'on date de 632, nous fait déjà assister à une intervention des frères de la testatrice, semblable à celle que mentionnent les actes postérieurs de deux ou trois siècles. L'acte rattache cette précaution au Code Théodosien : in lege quoque Theodosiana ut est insertum, sic trado, eo ut unusquisque de facultate laicali, qui filios non reliquerit, ad suos hæredes legitimos debeat deferre. Propterea dono, dulcissimis germanis meis faventibus, Chagnulfo, Burgundofarone et Agnetrade, portionem meam de villa, etc... Au VIIe, une pareille clause constituerait une anomalie exorbitante dans l'ensemble des actes contemporains ; cet anachronisme, s'ajoutant à bien d'autres étrangetés, me paraît décisif pour conclure au caractère apocryphe d'une charte qui inspirait déjà des doutes à Bréquigny et la Porte Du Theil.

(2) Testament de Godefredus (866) ; cart. de Beaulieu, no 3, p. 10 : consentientibus uxore mea Gerberga et filiis meis, Godefredo et Rodulfo...... cedo res proprietatis meæ ad monasterium... Et la femme, ainsi que les deux fils, apposent à la fin leur cachet. — Cf. Cart. de saint Bertin, Pars 1, Folquini lib. II, nos 42 et 43, p. 112 et 113 (867) : tradition suivie de rétrocession à précaire : quidam vir, Heribertus nomine, et conjux ejus Meseginda, cum filiis Ellemberto atque Egilberto tradiderunt, etc..... — Cart. de Beaulieu, no 46, p. 83 (878) ; donation réalisée avec le consentement de la mère et du frère du disposant : consentientibus Gerberga matre mea, et Gotafrido fratre meo,..... cedo res proprietatis meæ... — Cart. de Cluny, no 57, t. I, p. 66 (895); donation à un seigneur, consentie par un propriétaire assisté de ses deux fils : Dilecto nobis adque amabile seniore nostro, nomine Warnafredo, prepositum, nos quidem, in Dei nomen, Wandaltrut et infantis meis is nominibus Wandalmarus et Altrut. — Cart. de Cluny, no 59, t. I, p. 68 (896) : donation faite par un prêtre, et qu'approuvent deux personnages, dont nous ignorons d'ailleurs les titres ou la parenté avec l'auteur de l'acte : S. Alimar, S. Eldesendis, qui consenserunt. — L'intervention des proches est surtout fréquente aux actes de vente : dès 806, nous voyons, au Cartulaire de saint Bertin, les deux fils du vendeur consentir à

par l'organisation du douaire et la formation de la communauté naissante. Quant au rôle des fils, il s'explique probablement par les habitudes indisciplinées et violentes des enfants, qui faisaient main basse sur tous les biens ayant appartenu à leur père, au mépris des donations par lui consenties : les associer à l'aliénation paraissait le meilleur moyen de les obliger à la respecter. Leur concours valait à titre de renonciation anticipée à toute revendication ultérieure. Cet usage se généralisant, il était naturel de le considérer comme la mise en œuvre d'un véritable droit des fils. C'est, en effet, ce que nous constaterons aux siècles suivants : les traditions de copropriété familiale, méconnues par les disposants sous les Carolingiens, mais brutalement défendues par les héritiers lésés, ont repris dans les coutumes postérieures une prépondérance incontestée; et dès la fin de notre période, la *laudatio* des proches aux actes gratuits marque le premier retour offensif de forces juridiques un instant menacées d'une ruine définitive.

l'aliénation (Pars I, Folquini lib. 1, n° 50, p. 68). Au Cartulaire de Cluny, les exemples analogues sont innombrables à partir de 885 (n° 27, t. I, p. 32).

CHAPITRE IV

FONCTION DU TESTAMENT. — COMPÉTENCE EN MATIÈRE TESTAMENTAIRE

L'action de l'esprit chrétien sur les libéralités *in extremis*, dont nous remarquions les premiers effets dès le VI[e] siècle, s'est poursuivie sans interruption pendant tout le cours de la période franke. Les dispositions de dernière volonté ont pris un caractère religieux de plus en plus marqué, et le travail intime, qui, en transformant l'inspiration de l'acte à cause de mort, devait en faire une œuvre de piété catholique, est à peu près achevé au moment où la monarchie des Carolingiens s'efface devant les forces féodales grandissantes. Mais la réaction du principe moral sur les règles techniques de l'institution est loin d'avoir produit déjà toutes ses conséquences. Si le testament par sa fonction appartient désormais essentiellement à l'ordre spirituel, il n'en est pas moins vrai qu'il relève encore dans sa réalité juridique du pouvoir temporel; et quelques règlements de conciles, quelques prérogatives épiscopales, épuisent la compétence officiellement et directement reconnue en cette matière à l'autorité ecclésiastique.

I

Fonction sociale des actes inspirés par la pensée de la mort.

Il semble qu'on puisse résumer l'histoire des idées, du VIe au IXe siècle, en disant que le monde s'habitue à être chrétien. Les vérités de la foi rayonnent sur l'ensemble des problèmes théoriques ou pratiques qui occupent les intelligences : c'est du point de vue de l'Évangile qu'on s'accoutume à envisager la vie dans ses manifestations individuelles, familiales ou sociales, et l'harmonie s'établit entre les notions diverses dont la réunion constitue l'esprit public.

Cette évolution générale se reflète fidèlement dans l'évolution fragmentaire des actes rédigés en vue de la mort. Aux temps mérovingiens, ils se rapportent encore pour une large part au règlement d'intérêts temporels. Nous l'avons vu pour les opérations qui relèvent du droit barbare, et il faut en dire autant de celles dont la technique est romaine. Nombre de clauses de testaments ont pour objet de gratifier des parents ou des amis (1) ; dans bien des chartes, l'auteur n'a d'autre but que de préciser pour le temps où il ne sera plus les droits des membres de sa famille (2) et d'assurer l'avenir des personnes qui lui sont chères (3). Toutefois, même dans ces écrits d'apparence

(1) Il suffit de rappeler par exemple le testament qui fut fait vers 627 par un marchand de la région parisienne du nom de Jean (Tardif, *Cartons des rois*, n° 5, p. 5) : ... sepe dictus Johannis ad antedicta basileca Sancti domini Dioninsio, vel relequa sancta loca, aut suis propinquis, juste nuscentur delegasse.....

(2) Ainsi les partages d'ascendant. Cf. Tur. 21 (Zeumer, p. 146 ; Roz., 166) : Tur. 22 (Zeumer, p. 147, Roz., 131).

(3) Tels sont les documents, formules ou acte concrets, où l'auteur institue héritiers sa femme ou ses fils. Marc, II, 17 (Zeumer, p. 86 ; Roz. 129). Testament d'Erminethrude (700).

exclusivement profane, on sent l'influence chrétienne qui dirige et qui règle les affections du disposant. Il est certain que la doctrine du mariage enseignée par l'Église, où l'amour perpétuel est un devoir, a dû contribuer au prodigieux développement de ces libéralités entre époux (1), qui réalisent une union plus étroite et plus durable des patrimoines conjugaux. Mais à dater du IXe siècle, les dispositions de dernière volonté à fins civiles se font plus rares. Ce phénomène se rattache sans doute à l'élaboration de coutumes territoriales qui tenaient compte des besoins nouveaux. Elles consacraient pour chaque région un droit commun répondant aux vœux des populations, et rendaient inutiles les manifestations de volonté individuelles par lesquelles il fallait auparavant corriger une législation démodée. Ce n'est pas à dire cependant que les clauses laïques, et pour ainsi dire humaines, aient complètement disparu des actes à cause de mort; mais elles sont reléguées à l'arrière-plan, et passent incidemment au milieu d'une série de libéralités pieuses. Souvent elles se réduisent à quelques legs minuscules, dont l'objet n'a d'autre valeur que celle d'un souvenir laissé par le défunt aux êtres qu'il aimait (2). Lorsqu'on se préoccupe du trépas, ce n'est guère que pour se préparer au jugement qui le suit; on ne songe qu'à s'assurer le bonheur éternel par la multitude des bonnes œuvres de la dernière heure. Pour le salut de mon âme, *pro remedio animæ*, tel est le vœu qui domine l'ensemble comme le détail des chartes qu'inspire la méditation de la mort.

Les affranchissements fournissaient aux pécheurs

(1) Dans le recueil de De Rozière, dix formules sont classées sous la rubrique : *Donationes inter virum et uxorem* (nos 245-254).

(2) Cf. testaments de Dadila (813); d'Eccard (vers 840). — Voyez cependant au cartulaire de saint Bertin le *brevis* de 838, p. 160 (Pars, I, Folquini lib., II, no 87).

repentants un premier moyen de racheter leurs fautes passées. Délivrer ses esclaves de la servitude est un acte agréable à Dieu et méritoire pour le ciel : on ne manquait pas de le rappeler en tête des *epistolæ* conférant la liberté à ceux qui en étaient privés (1) ; c'est dans une intention expiatrice qu'on eut soin d'insérer des affranchissements parmi les dispositions de dernière volonté (2), aussi longtemps que le permit la technique testamentaire (3).

Mais c'est surtout par des libéralités adressées à des établissements religieux que les mourants espéraient attendrir la miséricorde divine. Ces pieuses générosités, dont les bénéficiaires étaient soit des églises, soit des abbayes, ont envahi tout le terrain que perdaient les legs temporels, et à la fin de notre période elles sont la raison d'être à peu près exclusive des actes à cause de mort. Le

(1) Bitur. 8 (Zeumer, p. 171 ; Roz. 92) : In Dei nomen ille, etsi peccator, gracia Dei episcopus, obtans consequi Domini misericordiam, qui ait : « Beati misericordes, quoniam ipsi misericordiam consequentur », et illud : « dimitte, et dimittitur vobis », justa quod sermo divinus admonet nos, ipsa jam prophetam dicentem : « dimitte eos, qui confracti sunt, liberos et omni onus disrumpe. » Ideoque unia cum consensu fratrum civiumque nostrorum, pertractans pro divino intuetu vel statu ecclesiæ et stabilitate seniorum et pro nostræ mercedis augmentum, convenit, ut omnes servientes ecclesiæ nostræ decimare deberemus ; quod ita et fecimus. — Cf. Andec., 20 (Zeumer, p. 11 ; Roz. 90) ; — Andec., 23 (Zeumer, p. 11 ; Roz. 98) ; — Marc. II, 32 (Zeumer, p. 95 ; Roz. 83) ; — Cart. Sen. 1 (Zeumer, p. 185 ; Roz. 84) ; — Sal. Merk. 13 (a) (Zeumer, p. 246 ; Roz. 81) ; — Sal. Merk. 13 (b) (Zeumer, p. 246 : Roz. 85) ; — Sal. Merk. 14 (Zeumer, p. 246 ; Roz. 96) ; — Sal. Lind. 9 (Zeumer, p. 273 ; Roz. 89) ; — Sal. Lind. 11 (Zeumer, p. 274 : Roz. 95) ; — Extrav. I, 20 (Zeumer, p. 545 ; Roz. 97).

(2) Voir par exemple le testament de Dadila (813) : In Christi nomine. Incipit testamentum Dadilæ et divisionale bonorum..... *Itaque* predictus Dadila omnes omnino mancipiola mea utriusque sexus, ... ingenuos et absolutos esse volo.

(3) Voir *supra*, p. 322.

langage même du temps trahit l'extension absorbante des donations ecclésiastiques : les exécuteurs testamentaires sont appelés *elemosinarii* (1) ; souvent on désigne du nom d'*elemosinæ* les actes à cause de mort (2), parce qu'ils ne sont plus qu'une réunion de clauses charitables, rédigées en conformité avec les directions des évêques et des prêtres. Toute la révolution opérée dans cette partie du droit est exprimée par la fréquente substitution du mot *elemosina* au mot *testamentum* : le *testament* a disparu. avec son cortège de règles rigoureuses et systématiques ; il ne reste plus qu'une *aumône*, sans forme juridique précise, qui réalise par des procédés de hasard une inspiration toute chrétienne.

Ces « aumônes » en vue de la mort étaient encouragés par les autorités spirituelles. Les confesseurs rappelaient aux mourants de ne pas oublier ces dispositions salutaires, et ils en surveillaient l'ordonnancement (3). Les conciles régularisèrent l'institution (4) ; ils en élaborèrent la théorie canonique, et il est curieux de voir comment les legs

(1) Voir les testaments d'Adalaldus en 821 (*Hist. du Languedoc*, t. II, Preuves. n° 57. col. 134). d'Eccard vers 840. de Teubert en 821 (*Hist. du Languedoc*, t. II. Preuves. n° 100. col. 214). — Capitulare Carisiacense (14 juin 877). c. 12 (Bor. t. II. p. 358). Si nos in Dei sanctorumque ipsius servitio mors præoccupaverit. eleemosynarii nostri, secundum quod illis commendatum habemus. de eleemosyna nostra decertent. — Cf. Du Cange. v° *Eleemosynarii* 2. t. III. p. 25. 2e col.

(2) Testaments d'Eccard (vers 840), de Teubert (842). — Capitulare Carisiacense (14 juin 877).

(3) Voir le récit que nous a laissé Grégoire de Tours des derniers moments de la reine Ingoberge (*Hist. Fr.* IX. 26 ; SS. R. M. t. I. p. 382).

(4) Du Cange (v° *intestatio* in principio ; t. III. p. 871. col. 3) déclare que certains conciles ordonnèrent aux prêtres d'exhorter les mourants à laisser quelques legs pieux : il cite entre autres le can. 1 *in Synodo Sodorensi*.

pieux devinrent le complément obligé de la confession *in extremis*. Voici comment s'exprime un concile de Mayence (1) : « Pour les malades en danger de mort, que les prêtres entendent la confession sincère de leurs péchés, mais qu'ils se gardent de les surcharger de sévères pénitences. Il faut que les prières de leurs amis et leurs aumônes personnelles les soulagent du labeur ardu de la pénitence, de sorte qu'en quittant cette vie ils participent au pardon sans rester sous le coup de l'excommunication. S'ils échappent providentiellement au péril qui les menaçait, qu'ils observent exactement la pénitence imposée par le confesseur. » Ainsi les aumônes sont un équivalent adouci des austérités et des prières expiatoires. L'absolution, pour être valablement reçue, doit être suivie d'actes de satisfaction, qui, aux premiers siècles de l'Église, étaient souvent prolongés et pénibles. Les pères du concile recommandent d'user de beaucoup de modération envers les moribonds, et ils signalent les dons charitables à l'Église ou aux pauvres comme un moyen simple et aisé d'obéir à un principe absolu de sa nature. Ces aumônes prennent donc une valeur sacramentelle; elles se lient à la confession, à la réception du saint Viatique et à l'Extrême-Onction, pour former l'ensemble des pieuses précautions qu'aucun chrétien ne doit négliger avant de partir pour le grand voyage. Aussi donne-t-on le nom d'*inordinati* à ceux qui meurent sans laisser de legs charitables comme à

(1) Concilium Moguntinum (847), c. 26 (Bor. t. II, p. 182). De infirmis in periculo mortis constitutis. Ab infirmis in mortis periculo positis per presbiteros pura inquirenda est confessio peccatorum, non tamen est illis imponenda quantitas penitentiæ, sed innotescenda, et cum amicorum orationibus et elimosinarum studiis pondus penitentiæ sublevandum, ut, si forte migraverint, ne obligati excommunicatione alieni ex consortio venie fiant; a quo periculo si divinitus erepti convaluerint, penitentiæ modum a suo confessore impositum diligenter observent.

ceux qui ne peuvent pas se confesser à l'heure suprême (1). Toutefois, le fait seul de mourir sans testament n'entraîne par lui-même aucune conséquence juridique ou canonique ; on ne trouve encore nulle trace, à l'époque franke, des pénalités célèbres qui atteindront plus tard en certaines contrées le corps et les biens des *intestati*. Il est à remarquer au contraire qu'on s'inquiète des abus possibles, et que les pouvoirs religieux ou civils veillent à ce que l'intervention des prêtres au chevet des malades ne dégénère pas en une exploitation des moribonds et de leur famille. Les capitulaires et les canons défendent aux ecclésiastiques d'accepter des libéralités assez considérables pour aboutir à une exhérédation des proches parents du disposant (2). On règle aussi la répartition des richesses données ou léguées à l'Église. Un capitulaire du début du IXe siècle décide qu'en l'absence d'indications contraires de la part du donateur, les deux tiers de la libéralité seront distribués aux pauvres, le dernier tiers restant aux clercs, si l'Église locale est riche ; dans les paroisses inférieures, le partage devra se faire par parts égales entre le clergé et les pauvres (3).

(1) Lex Wis. V. 7, § 14 (Walter. t. I, p. 533); — Form. Wis. 23 (Zeumer. p. 586). — Concile IX de Tolède, c. 4. — Les Grecs disaient ἀσυντάκτοι (Bollandus ; Vita Sanctæ Eusebiæ. 24 janvier, ch. 3. n° 12). — Cf. du Cange, v° *intestatio*. t. III. p. 872, 2e col.; — Viollet. *Établissements de Saint-Louis*. t. IV, p. 42, citant Du Cange.

(2) Capitulare ecclesiasticum (818-819) c. 7 (Bor, t. I, p. 277), Statutum est, ut nullus quilibet ecclesiasticus ab his personis res deinceps accipere præsumat, quarum liberi aut propinqui hac inconsulta oblatione possent rerum propriarum exheredari. Quod si aliquis deinceps hoc facere temptaverit, ut et acceptor sinodali vel imperiali sententia districte feriatur et res ad exheredatos redeant. — Capitula concilii Moguntiæ habiti (826 827) VI (Bor., t. I, p. 312). Voir *supra*, p. 342, note 6. — Cf. concilium Meldense. — Parisiense (845) c. 72 (Bor. t., II, p. 415).

(3) Capitulare ecclesiasticum (818-819) c. 4 (Bor., t. I, p. 276).

Nous voilà bien loin des usages de la Rome antique. Au souffle de la religion évangélique, les esprits et les cœurs sont devenus autres : on le sent jusque dans les moindres détails des testaments qu'ont rédigés les Français des premiers âges. L'exposé des motifs, le style, le ton général, tout reflète l'âme transformée de générations renouvelées. On commence par invoquer la Trinité divine : un préambule emprunté aux Livres Saints résume les pieuses pensées qui président à la rédaction de l'acte entier (1) : et dans le cours de la charte on retrouve presque à chaque ligne la trace des influences chrétiennes qui dominaient alors les individus comme la société. Il est surtout deux vertus, dont les testateurs romains ne se souciaient guère, et qui s'expriment sous la plume des donateurs francs en termes souvent répétés et toujours touchants : la charité et l'humilité.

Pour témoigner de la diffusion de l'esprit de charité, il suffira de signaler la naïve métamorphose de la formule célèbre : *hoc me malo habere quam te, te quam heredem meum*. Cette phrase, que nous lisons au Digeste dans des textes de Marcien et de Paul (2), traduisait avec la précision habituelle aux jurisconsultes classiques les sentiments égoïstes d'où procédaient les donations à cause de mort, et plus généralement les actes de dernière volonté. Elle était trop jolie en sa concision pour ne pas séduire

Statutum est ut, quicquid tempore imperii nostri a fidelibus ecclesiæ sponte conlatum fuerit, in dicioribus locis duas partes in usus pauperum, tertiam in stipendia cedere clericorum aut monachorum, in minoribus vero locis æque inter clerum et pauperes fore dividendum ; nisi forte a datoribus, ubi specialiter dandæ sint, constitutum fuerit.

(1) Les exemples pourraient être multipliés à l'infini ; je me contenterai de renvoyer aux documents cités en appendice.

(2) D. XXXIX, 6, fr. 1, pr. (Marcien) et fr. 35, § 2 (Paul). — Cf. Institutes de Justinien. II, 7, § 1 *in fine*.

les Barbares amoureux de la forme latine. Mais ils ne pouvaient en accepter l'idée, indigne des fidèles du Maître qui avait dit : Aimez votre prochain comme vous-mêmes. On n'hésita pas à changer un mot, pour modifier la pensée en conservant le moule : *hoc te malo habere quam me, te quam heredem meum* (1), écrivent les compilateurs du Bréviaire. A la vérité, la formule ainsi dénaturée a perdu toute signification. Mais les sujets d'Alaric ou de Clovis ne s'embarrassent pas pour si peu : l'antithèse semble encore ingénieuse, et il ne reste plus rien dont puisse s'effaroucher la plus délicate conscience de chrétien : c'en est assez, et pendant des siècles les hommes de loi se font un plaisir de répéter cette citation de Marcien rajeunie, et, si j'ose ainsi dire, christianisée (2).

L'humilité, plus étrangère encore au monde païen, apparaît aux yeux des Francs comme le dernier terme et la consommation de la perfection. Ils multiplient les pensées et les mots qui correspondent au mépris de soi-même. Lisez l'énumération des ecclésiastiques qui souscrivent un testament : « Moi, pécheur indigne, prêtre, abbé, ou évêque », écrivent ces dignitaires de l'Église (3). Nul terme ne leur semble trop humble pour désigner leur propre personne : « Notre simplicité », dit Ansebert dans la donation où il dispose de tous ses biens (4). Voyez comment ils indiquent le lieu de leur sépulture : pas de

(1) Paul, II, 24. § 6, interpr. — Cf. Stouff. *de formulis*, p. 35.

(2) Ep. Aeg. et Mon. sous Paul. II. 24. § 6. — Andec., 41 (Zeumer. p. 19; Roz., 247). — Testament de Widerad (721) et Form. Flav. 8 (Zeumer. p. 477; Roz., 128).

(3) Acsi indignus peccator. Voir les testaments d'Aredius (572), d'Agalgyse (634), d'Hadoin (642), la charte de Leodebus (667), le codicille de saint Amand (675), la charte d'Ansebert (696), les testaments de Fulrad (777), de Dadila (813), de saint Rodulfe (860).

(4) Pardessus, t. II, p. 238 : hæc epistola quam nostra simplicitas plenissima voluntate decrevit.

phrases orgueilleuses ; pas de règlement minutieusement détaillé d'une luxueuse cérémonie funèbre ; pas de vaniteux ordonnancement d'un tombeau qui fasse l'admiration des peuples. Sur le ton de la prière, ils demandent à des moines d'octroyer dans le cimetière ou l'église du couvent une modeste place à leur « chétive dépouille », *corpusculus meus* (1). Il est sans doute aisé de dire que ces formules profondément humbles ne traduisent pas toujours exactement les désirs intimes du cœur. On sait de reste que tous les Francs ne sont pas de parfaits chrétiens, ni tous leurs évêques des saints. Mais ils connaissent leurs fautes, et ils ont le sentiment d'une vertu plus haute : ils s'efforcent de tendre vers le mieux, ou tout au moins de le paraître. Un idéal supérieur, jusqu'alors ignoré, a été révélé à la terre ; à mesure qu'on s'habitue à fixer les yeux sur ce divin modèle, on en comprend plus complètement l'attrait et la beauté. Tous le respectent ; quelques-uns s'essaient à en reproduire en eux une ressemblance ébauchée : ce sont des signes suffisants pour reconnaître qu'une révolution comme on n'en vit jamais d'autre a rénové le monde moral.

II

Règles de compétence.

L'Eglise, à la fois inspiratrice et bénéficiaire des testaments ou des actes qui en tenaient lieu, devait attirer dans le cercle de sa compétence toutes les questions rela-

(1) Le codicille de saint Amand (675) et la charte d'Ansebert (696) sont particulièrement instructifs sous ce rapport. — *Adde* une notice de 875, au Cartulaire de Redon, n° 236, p. 184.

tives aux dispositions de dernière volonté. Mais ce phénomène extérieur ne suivit que très lentement la transformation interne de l'acte à cause de mort en sa fonction sociale. Il faudra la ruine de l'État et l'anarchie des premiers temps féodaux pour en rendre possible la manifestation complète. A l'époque que nous étudions, la juridiction ecclésiastique est loin d'être en ces matières maîtresse absolue, et si l'on tenait à caractériser d'un seul trait la situation, il conviendrait au contraire de déclarer que les legs ou donations *in extremis* relèvent de la puissance civile. Toutefois cette formule, exacte en principe, ne traduit fidèlement la situation effective qu'autant qu'on l'accompagne d'un commentaire rectificatif. Les périodes Mérovingienne et surtout Carolingienne se distinguent par la connexion des pouvoirs temporel et spirituel : les évêques et les comtes administrent parallèlement; les conciles et les empereurs légifèrent de concert; bien souvent les prescriptions ecclésiastiques sont sanctionnées par la chancellerie impériale, tandis que les ordonnances gouvernementales sont inspirées par les princes de l'Église. Dans ces conditions, un départ rigoureux des compétences ne correspond pas à la réalité des faits, et quelles que soient les maximes théoriques, on rencontre partout en pratique l'action combinée des deux ordres d'autorités.

C'est surtout pour surveiller l'exécution des dispositions de dernière volonté que les évêques furent investis de droits assez étendus. On a souvent rappelé le rôle important que leur attribuèrent sous ce rapport les empereurs de Constantinople et notamment Justinien (1); il

(1) Code de Justinien, I. 3; c. 28 (Léon), 45 (Justinien), 49 (Justinien). — Novelle 131. ch. 11 et 12. — Novelle de Léon le Philosophe, citée par De Laurière d'après Balzamon. ad can. 3. conc. Chalced.

ne faut pas oublier qu'il s'agit là d'une législation orientale, sans valeur pour les pays et l'époque qui nous occupent. Mais nous constatons néanmoins qu'en Occident, sous les Carolingiens, les évêques sont appelés, conjointement avec les fonctionnaires civils, à assurer l'exact accomplissement des libéralités charitables ou religieuses. Un capitulaire de 783 prévoit par exemple l'hypothèse où une personne chargée de distribuer des aumônes meurt sans avoir pu s'acquitter de sa mission : l'évêque et le *missus* doivent y pourvoir de concert (1).

Ainsi les évêques nous apparaissent comme les défenseurs officiels des pauvres qu'ont gratifiés de généreux donateurs, et des défunts qui ont entendu acheter le ciel par ces pieuses largesses. Mais au point de vue juridictionnel, ils n'ont pas encore, en notre matière, de situation régulièrement reconnue (2). Les *epitome*, affirmant les principes anciens avec une fermeté au moins égale à celle du Bréviaire, laissent aux juges laïques la plénitude de la compétence testamentaire (3). Et cependant, par dif-

(1) Pippini capitulare (790) c. 8 (Bor. t. I. p. 201). Si cui res in elemosima datæ sunt. et ipse mortuus fuerit antequam eas dispenset. tunc missus dominicus una cum episcopo parochiæ illius consideret. qualiter in domni regis mercede ipsa elemosina fiat facta. et infra triginta noctes impleta esse debeant. — Cf. capitulaire de 825. c. 7 (Bor. t. I. p. 328); mais le c. 7 est douteux, d'après Boretius.

(2) Voir sur la juridiction ecclésiastique dans l'empire Franc : Sohm, *Die geistliche Gerichtsbarkeit im fränkischen Reich*, dans *Zeitshcrift für Kirchenrecht*, 1870. p. 193.— Lœning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, t. II. p. 507. — Beauchet. *Origines de la juridiction ecclésiastique*. dans N. R. H. 1883. p. 387. — Glasson. *l. c.*. t. III, p. 662.

(3) C. Th. XVI. 5, c. 1. Ep. Aeg. Guelph. Lugd. Mon. — Paul. IV, 4, § 2. Ep. Mon. — Paul. IV. 6. § 2. Ep. Guelph. Mon. — § 3. Ep. Aeg. Mon. — Nov. Valentinien III. t. XII. c. unique :

férents côtés, l'influence ecclésiastique se fait sentir même sur ce terrain. La loi des Wisigoths autorise à la fois le *sacerdos* et le *judex* à présider la *publicatio* qui doit suivre le décès du *de cujus* (1); il semble bien que l'un ou l'autre de ces personnages puisse indifféremment diriger la procédure : la juridiction gracieuse appartient donc aux autorités spirituelles concurremment avec les autorités temporelles. Ce régime est d'ailleurs particulier aux Wisigoths : dans l'Empire franc au contraire il n'est jamais question que de magistrats laïques pour recevoir l'enregistrement des testaments (2). Il n'en est pas moins vrai que les prêtres remplissaient souvent des fonctions connexes. d'ordre notarial ; les disposants décidaient volontiers que leur testament. insinué aux registres municipaux, serait d'autre part conservé dans les archives d'une basilique ou d'une abbaye (3) ; le clergé intervient ainsi comme l'auxiliaire des délégués du prince, lorsqu'il s'agit de l'exercice de la juridiction gracieuse.

La juridiction contentieuse est plus complètement soustraite à son action. La loi des Wisigoths renonce ici à faire exception au droit commun des royaumes bar-

lorsque deux clercs veulent porter leur différend devant l'évêque, les *epitome Aegidii* et *Guelpherbytani* § 1 retablissent la nécessité d'un compromis, que l'*interpretatio* avait supprimée.

(1) Lex Wis. II. 5. § 12. 13. 14. 16. — Voir *supra*, p. 261. note 1 ; p. 262. notes 2 et 3 ; p. 263, notes 1, 2, 3.

(2) Greg. Tur. Vitæ patrum. VIII, 5 (SS. R. M. t. I, p. 695): Post dies autem. quos lex Romana sanccivit. ut defuncti cujuspiam voluntas publice relegatur. hujus antestitis testamentum in foro delatum. turbis circumstantibus. a judice reseratum recitatumque est. (Il s'agit du testament de saint Nizier). — Testament de Widerad (721); Form. Flav. 8 (Zeumer. p. 476 ; Roz. 128). — Cf. Sohm. *l. c.*. p. 196.

(3) Testament de Widerad (721) ; — Form. Flav. 8 (Zeumer, p. 476 ; Roz. 128) : et in archivis basilice sancti illius conservandum decrevi.

bares, et ne songe plus à accorder aux cours d'Église la connaissance des causes testamentaires. Les textes carolingiens ou mérovingiens manifestent le maintien du même état de droit (1) : c'est aux tribunaux séculiers que ressortissent les procès relatifs aux actes à cause de mort (2). Mais une fois de plus, il convient de nuancer le tableau par des retouches de détail, si l'on veut reproduire exactement l'aspect de la vie juridique, à ces époques où le flottement des faits recouvre et souvent déforme la précision des catégories abstraites. Tout d'abord les évêques tranchaient quelquefois, à raison de la qualité des plaideurs, les questions soulevées par les dispositions de dernière volonté. Les clercs étaient en effet tenus de déférer à la décision épiscopale les procès qui les divisaient (3). On a contesté qu'il y eût là une prescription de droit public faisant du tribunal ecclésiastique un organe judiciaire reconnu par l'autorité temporelle (4). Nous n'avons

(1) Voir Chlotharii II præceptio (584-628) : Bor. t. I, p. 18. Ce document est adressé aux fonctionnaires publics : *Agentibus* ou *comitibus*. Or les c. 10 et 12 leur enjoignent de préserver des compétitions injustes les biens donnés ou légués aux églises. — Capitulaire de 803, c. 6 (Bor. t. I, p. 113). Charlemagne réglemente les donations à cause de mort et enjoint de classer son ordonnance parmi les autres lois, *inter alias leges*. Il s'agit donc bien d'une législation temporelle, et ce sont certainement les fonctionnaires de l'empereur qui auront à l'appliquer. — Capitula excerpta in conventu Carisiacensi (18 juin 877) c. 4 (Bor. t. II, p. 362). Charles le Chauve organise la répression du crime de celui qui, se révoltant contre les testaments, n'en observe pas la teneur : *Secundum leges mundanas hoc cum banno nostro componat.*

(2) M. Sohm (*l. c.*, p. 196) a jeté sur cette vérité la pleine lumière qu'elle comportait.

(3) De nombreux canons de conciles leur en faisaient une obligation. Voir Sohm, *l. c.*, p. 200 et sq. — Lœning, *l. c.*, t. II, p. 508. — Beauchet, *l. c.*, p. 429 et sq. — Glasson, *l. c.*, t. III, p. 663.

(4) C'est la doctrine émise par M. Sohm, et à laquelle se rallie

pas à trancher ici un débat qui porte bien au delà du domaine testamentaire; il est seulement intéressant de remarquer que les prélats étaient amenés à s'occuper *ratione personæ* d'affaires qui leur échappaient *ratione materiæ*. Des laïques pouvaient aussi choisir l'évêque pour arbitre, et il semble que le fait fut assez fréquent (1). En outre, dans les procès entre clercs et laïques, nous sommes informés de l'existence de tribunaux mixtes, mi-partie laïques et mi-partie ecclésiastiques (2). Nous saisissons ainsi la pénétration constante du temporel et du spirituel. Elle est consacrée par de nombreux capitulaires, qui donnent aux évêques le droit de reviser les sentences des juges, de surveiller les comtes et de signaler leurs défaillances au pouvoir central (3). Enfin sous les derniers Carolingiens, le haut clergé essaya d'émettre une prétention nouvelle, et Flodoard nous apprend qu'Hincmar revendiqua le jugement d'un litige concernant « l'aumône » d'un défunt (4). Mais

M. Lœning. — Elle est combattue en France par MM. Beauchet et Glasson.

(1) Beauchet, *l. c.*, p. 443; 446 et sq.

(2) Chlotarii II edictum (614), c. 5 (Bor. t. I, p. 21). Quod si causa inter personam publicam et hominibus ecclesiæ steterit, pariter ab utraque partem præpositi ecclesiarum et judex publicus in audientia publica positi eos debeant judicare. — Synodus Franconofurtensis (794) c. 30 (Bor. t. I. p. 77)... Et si forte inter clericum et laicum fuerit orta altercatio, episcopus et comes simul conveniant et unanimiter inter eos causam diffiniant secundum rectitudinem — M. Sohm (*l. c.*, p. 219), dont M. Lœning adopte l'opinion (*l. c.*, t. II, p. 508, note 1), conteste qu'il s'agisse à proprement parler de *tribunaux mixtes* et discute sur la nature exacte de cette cour de justice. Il est cependant forcé de reconnaître la présence simultanée au plaid des autorités ecclésiastiques et laïques. — Cf. Beauchet, *l. c.*, p. 442; — Glasson, *l. c.*, p. 665.

(3) Voir Beauchet, *l. c.*, § 35 (p. 433) et 57 (p. 464), ainsi que les textes auxquels il renvoie.

(4) Flodoardi historia Remensis (éd Colvenerius, Douai, 1617) III, c. 26, p. 540. — Cité par Sohm, *l. c.*, p. 198 et 199, notes 1 et 2.

il n'y eut là qu'une tentative isolée, qui ne modifia pas l'usage général. Les causes testamentaires continuèrent à être tranchées par les tribunaux de l'ordre temporel, et malgré les tempéraments que comportait le principe, il n'en gardait pas moins une importance considérable en pratique comme en théorie. Il entraînait la persistance du droit séculier comme règle juridique des actes de dernière volonté. Sans doute nous avons noté la série des canons de conciles qui encourageaient les legs pieux ou empêchaient les abus, qui même cherchaient à en assurer l'exécution par les peines ecclésiastiques, corrélativement au droit de surveillance des évêques : mais la technique des actes à cause de mort reste réglée par la législation temporelle, pour mieux dire par la coutume laïque, et ce phénomène, d'un intérêt capital aux yeux de l'historien du droit, est la conséquence nécessaire de la compétence reconnue *ratione materiæ* aux justices civiles en matière testamentaire.

PARALLÈLE

entre l'évolution germanique et l'évolution romaine.

Lorsqu'on a parcouru l'histoire des actes à cause de mort en France, aux temps antéféodaux, l'impression qui s'impose le plus vivement à l'esprit est celle de la décadence croissante des institutions romaines. On les sent lentement s'affaiblir et disparaître. L'antique matériel savamment réuni et coordonné par les jurisconsultes de l'Empire se désagrège peu à peu; l'harmonie qui en assurait la solidité s'évanouit; les pièces de l'ossature se rouillent, s'effritent l'une après l'autre, comme les rouages d'un mécanisme qu'aucun ouvrier n'entretient, parce que personne n'en comprend plus le fonctionnement. Vers le milieu du VIII[e] siècle, la ruine est consommée. La technique classique est désormais impratiquée et ignorée de tous; c'est à peine si quelques savants continuent d'en soupçonner l'existence d'autrefois. Les pays du Sud, cependant, conservent une idée, un souvenir, une ombre du testament: profondément imprégnées de romanisme, les populations méridionales sont trop habituées aux transmissions héréditaires opérées par la volonté de l'homme pour en perdre jamais la notion, et l'acte à cause de mort réduit à sa plus simple essence survit chez elles à la destruction de l'appareil qui traditionnellement l'entourait. Mais dans les régions septentrionales, le principe même succombe : il meurt étouffé sous la poussée prodigieusement vigoureuse et juvénile des organismes barbares. Du fond germanique s'échappent une série de germes qui se fécondent, se multiplient, se développent, et s'achèvent en une extraordinaire variété de produits juridiques jus-

qu'alors inconnus, pour satisfaire les goûts et les besoins de chacun. C'est comme une végétation sauvage, forte d'une sève surabondante, qui couvrirait de ses lianes incultes les débris d'un monde écroulé. Un coin du terrain semble un instant oublié par cette nouvelle invasion barbare, s'imposant aux doctrines comme l'autre avait triomphé des armées : à la faveur de la confusion générale, la liberté testamentaire reste debout : les concepts romains se font ici préférer aux règles germaniques opposées, et, sans qu'on y prenne garde, ils dominent même l'action des tendances d'origine contraire. Mais ce n'était là qu'un accident, qui ne correspondait pas à une activité durable de causes profondes. Bientôt ce dernier vestige des traditions de l'Empire est investi lui aussi de l'irrésistible réseau des énergies germaniques. Tout se nourrit et s'anime des ferments importés d'Outre-Rhin : le nord de la Gaule est vraiment « francisé ». Et sur ce sol où, après les épées, les idées ont tant bataillé, au dessus du romanisme vaincu comme du germanisme triomphant, passe le grand souffle du christianisme, qui courbe toutes les têtes, mais pour en relever quelques-unes, artisan de toutes les faiblesses et de toutes les puissances.

TROISIÈME PARTIE

L'ÉVOLUTION CANONIQUE ET FÉODALE

L'époque dont nous abordons l'étude, et qui s'étend depuis le x[e] siècle jusqu'au milieu du xiii[e], forme la partie centrale et caractéristique du Moyen-Age. C'est l'âge d'or de la féodalité, qui en l'an 900 avait déjà jeté ses assises au plus profond de la société française, et qui au temps de la jeunesse de saint Louis s'élevait comme un édifice puissant, harmonieux, achevé, mais prêt à s'affaisser en un lent écrasement sous la pression du roi qui en était devenu le chef suprême. A l'organisation féodale de la vie publique correspond l'état coutumier du droit. Les races gallo-romaines et barbares se sont fondues en un seul peuple; mais l'unité de l'État franc a été brisée, et le sol s'est réparti entre une multitude de petites souverainetés territoriales, dont chacune observe un ensemble de règles juridiques, identique pour tous les habitants de son ressort, différent du droit des châtellenies voisines, et résultant du mélange des traditions antérieures qui évoluent sans cesse sous l'action de la pratique et de la juridiction locales (1). Au cours de notre période, deux faits d'une im-

(1) Cart. de Cluny, n° 1088 (960), t. II, p. 181 : Mos est lex, licet non scripta, et usu jam communi pro lege tenetur ut..... — Au point de vue spécial du testament, les *exceptiones Petri* affirment expressément l'empire de la coutume, IV, 10.



portance capitale viennent influencer l'orientation des institutions testamentaires. C'est d'abord la renaissance des études de droit romain (1), qui se manifeste une première fois dès la fin du XIe siècle, puis se renouvelle et s'accentue au XIIe. L'effet immédiat de ce mouvement scientifique fut de divulguer et de répandre en Occident les compilations de Justinien (2), dans lesquelles nos pays du Midi reconnurent l'expression la plus parfaite des principes qui constituaient le fond de leurs usages, et qu'ils adoptèrent à titre de grande coutume générale. D'autre part, l'Église, toujours plus vénérée et plus puissante, acquit pour ses tribunaux une compétence incontestée dans les procès relatifs aux testaments, et dirigea dès lors la technique des libéralités *in extremis*. Le droit des actes à cause de mort fut donc, tour à tour ou même à la fois, selon les temps et les pays, féodal, romanisant ou ecclésiastique, et c'est à des sources très diverses qu'il en faut chercher les préceptes.

Nous devons en premier lieu consulter les documents de pratique, les analyser et en déterminer la portée, pour dégager le type juridique sur lequel ils se modèlent. Si les chartes frankes parvenues jusqu'à nous sont relativement rares, celles du Moyen Age forment en revanche une énorme multitude, conservée dans les archives des églises et des couvents, et que l'érudition moderne a livrée dans une large mesure à l'impression et à la publicité (3). Cette

(1) Voir Esmein, *Histoire du droit*, 3e éd., p. 711, 760 et sq. Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 17 et sq.

(2) Cf. Girard, *Manuel*, 2e éd., p. 77.

(3) Dom Bouquet : *Recueil des Historiens des Gaules et de la France* ; Paris, 1738 — 1833. — Dom Devic et Dom Vaissette : *Histoire générale du Languedoc*, éd. Dulaurier ; Preuves, tomes V (Toulouse, 1875) et VIII (Toulouse, 1879). — Teulet : *Layettes du Trésor des Chartes* ; Paris, 1863-1875 ; dans *Inventaires et Documents*. — Cartulaires publiés dans la *Collection des documents inédits*, etc.....

masse confuse de textes, d'un abord difficile et d'un examen pénible, contient les éléments d'une reconstitution complète du droit de ces époques ; c'est la mine la plus riche à laquelle nous puissions puiser nos informations ; c'est même la seule qui nous fournisse des renseignements détaillés sur le haut Moyen-Age. Il faut arriver aux environs du XII[e] siècle, pour rencontrer des œuvres doctrinales ou législatives de quelque importance qui expriment l'état contemporain des actes à cause de mort. Mais après la renaissance du droit romain, après l'extension à notre matière de la compétence ecclésiastique et les premiers essais de systématisation du chaos féodal, on constate l'intervention d'écrits de nature très diverse, qui règlent le fonctionnement des institutions testamentaires ou nous en expliquent la technique.

Le droit romain est résumé en deux manuels, composés en France ou du moins bientôt connus dans notre pays, et qui paraissent remonter aux dernières années du XI[e] siècle (1) : le *Brachylogus juris civilis* (2), et les *Petri exceptiones legum Romanarum* (3). Puis l'œuvre de Justinien, *Digeste, Code* et *Novelles,* devint le fondement définitif sur lequel s'appuyèrent les applications jurisprudentielles des lois romaines aux sociétés plus récentes.

La législation française est loin de comporter un monument aussi important. Il faut citer cependant les statuts locaux rédigés en assez grand nombre dans les pays du

(1) Esmein, *l. c.*, 3[e] éd., p. 760, notes 4 et 5. — Viollet ; *l. c.*, 2[e] éd., p. 19 et 20. — Jarriand : *Histoire de la Novelle 118*, p. 121 et sq.

(2) Ed. Böcking : Berlin, 1829.

(3) Edité par Savigny, comme appendice de l'*Histoire du droit romain au Moyen Age*. Trad. Guenoux, t. IV, p. 297.

Midi (1), et les ordonnances royales (2), qui, à partir du XIIe siècle, renouèrent la tradition longtemps interrompue des capitulaires carolingiens (3). C'est surtout dans des œuvres privées que le droit coutumier et féodal a été exposé d'ensemble; encore ne fut-il rien composé en France avant l'an 1200. Mais quelques ouvrages antérieurs, rédigés sous d'autres cieux, intéressant à des titres divers l'histoire de notre droit national : les *Libri feudorum* (4), d'origine lombarde, furent importés chez nous, et vénérés de nos aïeux presque à l'égal du *corpus juris civilis* (5); le *Livre des Assises de la Cour des bourgeois* (6) exprime à la fin du XIIe siècle le droit en usage au royaume chrétien de Jérusalem, et ce droit vivait des mêmes principes que les coutumes occidentales (7); le *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliæ* (8), attribué à Glanville, résume la jurisprudence anglaise au temps de Henri II, et fournit ainsi des indications utilement directrices à l'interprète de nos textes français (9). Puis, dès que s'ouvre le XIIIe siècle, apparaissent sur notre sol les productions indigènes; et les deux parties dont la réunion forme le *Très ancien coutumier de Normandie* (10)

(1) Voir l'énumération des coutumes des pays de droit écrit dans Jarriand, *l. c.*, p. 206 et sq.

(2) *Ordonnances des rois de France de la troisième race.* — Paris, 1723 et années ultérieures.

(3) Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 476. — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 151.

(4) A la fin des anciennes éditions du *Corpus juris civilis*, notamment de celle de Freiesleben.

(5) Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 715; — Viollet, 2e éd., p. 166.

(6) Beugnot : *Recueil des historiens des Croisades*; lois, t. II.

(7) Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 170.

(8) Phillips, *Englische Reichs = und Rechtsgeschichte*, t. II, p. 333 et sq.

(9) Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 82.

(10) *Coutumiers de Normandie*; Éd. E. J. Tardif; 1re partie, Rouen, 1881.

furent publiées l'une vers 1200 et l'autre vers 1220 (1).

Telles sont les sources laïques dont nous avons à tenir compte. Les documents ecclésiastiques ne sont pas moins importants ; les conciles n'ont pas cessé de publier des canons, ni les papes des décrétales. Deux évêques, au XIe siècle, réunirent ces textes en recueils : c'est, au début du siècle, Burchard de Worms (2), auteur d'un *liber decretorum* (3) ; et à la fin Yve de Chartres (4) qui nous a laissé un *Decretum* (5) et une *Panormie* (6). Puis vient le grand ouvrage qui forme le premier élément du *Corpus juris Canonici*, le *Décret de Gratien* (7), paru vers le milieu du XIIe siècle, qui jouit bientôt d'une autorité prépondérante (8). Il fut suivi d'une série de collections groupant les décrétales successives (9), et dont les plus importantes sont connues sous le nom de *Quinque compilationes antiquæ* (10). Le premier des *compilateurs*, Bernard de Pavie, adopta un plan qui fit fortune, et que Raymond de Pennafort eut soin de conserver en composant la seconde partie du *Corpus*, le célèbre code appelé *Décrétales de Grégoire IX* (11) du nom du pape qui en ordonna

(1) Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 728 ; — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 177.

(2) Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 791 ; — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 61.

(3) Paris, 1549.

(4) Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 792 ; — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 62. — Paul Fournier : Les collections canoniques attribuées à Yve de Chartres.

(5) Ivonis Carnotensis opera omnia. Paris, 1647.

(6) *Panormia, sive liber decretorum*. Ed. Sebastien Brandt (expensis Michaelis Furter) ; 1499.

(7) *Corpus Juris Canonici*, éd. Friedberg, t. I.

(8) Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 793 ; — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 64.

(9) Friedberg, *Die Canones-Sammlungen zwischen Gratian und Bernhard von Pavia*. Leipzig, 1897. (Collectio Cantabrigiensis ; Collectio Parisiensis II ; Collectio Parisiensis I ; appendix Concilii Lateranensis ; Collectio Bambergensis ; Collectio Lipsiensis ; Collectio Brugensis).

(10) Ed. Friedberg ; Leipzig, 1882.

(11) *Corpus Juris Canonici* ; éd. Friedberg, t. II.

la préparation et qui le promulgua officiellement en 1234 (1).

L'action du droit canonique était de nature à favoriser l'unification de la jurisprudence ; mais elle ne fut ni assez complète ni assez énergique pour exclure complètement le particularisme du domaine juridique que nous explorons. Comme aux âges précédents, il importe de distinguer deux courants s'avançant par des voies séparées et parallèles. Mais il ne s'agit plus d'une différenciation personnelle, conséquence d'une pluralité de races : la division devient territoriale. L'opposition entre le droit du Nord et le droit du Midi, dont nous notions les symptômes sous les derniers Carolingiens, prend une valeur constamment croissante : la renaissance des études romaines achève d'en préciser la portée, en faisant cristalliser les coutumes méridionales, plus ou moins saturées de romanisme, dans la forme des lois Justiniennes. Nous consacrerons donc un premier titre à l'étude attentive des actes rédigés dans la France du Nord en vue de l'outre-tombe. Un second titre plus bref retracera les grands traits de l'évolution correspondante au Midi.

(1) Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 793 ; — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 69.

TITRE I

FORMATION DU TESTAMENT CANONIQUE ET COUTUMIER

Nous assistons en pays coutumier à une transformation complète, entre le xe et le xIII^e siècle, des actes inspirés par la considération de la mort. Le *nullum testamentum* germanique était, au début de notre période, le principe inconsciemment mais fidèlement observé. Au contraire, sous saint Louis, le véritable testament, qui ne prend valeur que par le décès de son auteur, est devenu de pratique courante. Une chose cependant est restée immuable au milieu de ces métamorphoses : c'est l'inspiration même de l'acte à cause de mort, l'esprit qui animait les moribonds à l'heure suprême où ils songeaient à prendre leurs dernières dispositions. Les libéralités posthumes vivent toujours de la pensée de l'éternité. Cette âme du testament, si j'ose ainsi parler, s'est façonné un corps approprié à ses besoins, capable de la servir utilement. Notre rôle est de nous rendre compte de ce travail de reconstitution. La méthode qui s'impose est de déterminer d'abord avec précision la force agissante, créatrice, qui fait et qui commande tout le mécanisme. Il faut chercher la raison d'être des testaments, leur portée, leur fonction sociale : et comme corollaire fixer la juridiction appelée à connaître des questions litigieuses qu'ils soulèvent : ce sera l'objet de notre premier chapitre. Cela fait, nous devrons exa-

miner les procédés juridiques qui réalisent les intentions des disposants, reconnaître la nature intime des opérations par lesquelles ils ont rendu leurs volontés efficaces : le second chapitre répondra à ces préoccupations. Nous passerons ensuite, avec un troisième chapitre, à la description des formes extérieures qui ont entouré la confection de ces actes, en matérialisant l'idée du testateur. Un quatrième chapitre indiquera enfin les limites imposées au droit de tester.

CHAPITRE PREMIER

FONCTION DU TESTAMENT. — COMPÉTENCE EN MATIÈRE TESTAMENTAIRE

Non seulement le caractère religieux des actes faits en vue de la mort reste aussi marqué sous les Capétiens que sous les Carolingiens; mais encore il entraine toutes les conséquences que l'âge précédent pressentait sans les exprimer. Acte agréable à Dieu, accessoire d'un Sacrement, le testament est considéré comme relevant de l'autorité ecclésiastique; et au point de vue législatif aussi bien qu'au point de vue judiciaire, il passe complètement sous sa dépendance. Le XIIe siècle marque en cette matière, comme en bien d'autres, l'apogée de la puissance de l'Église.

I

Fonction sociale des actes inspirés par la pensée de la mort.

Nous avons dit déjà avec trop d'insistance quelle place avaient prise les libéralités adressées à des établissements religieux pour qu'il soit nécessaire d'y appuyer de nouveau. Donner à Dieu ou aux saints, dans la personne des prêtres et des pauvres, quelque partie des biens dont on allait être séparé par la mort, tel fut longtemps l'unique

motif des actes de dernière volonté. Il n'est pas rare que des fidèles assurent à un monastère, pour le temps où ils ne seront plus, la totalité de leur patrimoine (1). Bien mieux, souvent ils se donnent eux-mêmes (2), et l'on voit des malades sur leur lit de douleur se faire revêtir de l'habit monachal, pour dévouer au Seigneur leur personne en même temps que leur fortune (3).

Toujours faites dans un but d'expiation et pour racheter les fautes passées, ces libéralités suprêmes ne sont quelquefois qu'une restitution à une abbaye qu'on s'est antérieurement permis de spolier (4). En 1222, le roi Phi-

(1) Cluny, n° 164 (910-927), t. I, p. 161 ; — n° 3.765 (circa 1100), t. V, p. 117. — St-Père, t. II, p. 284, n° 25 (1101-1129) ; — p. 599, n° 107 (1101-1129) ; — p. 320, n° 72 (1101-1129). Ce dernier texte est trop touchant en sa simplicité pour n'être pas reproduit in extenso : *Quod Orguen de Manu Villari substantiole sue ecclesiam nostram heredem fecit.* Notum sit quod quedam paupercula mulier de Manu Villari, Orguen nomine, venit cum presbitero ejusdem ville Radulfo in capitulum nostrum, ibique fecit sanctum Petrum heredem omnium rerum suarum quas moriens relinqueret : videntibus Radulfo presbitero : Gaufrido, Gualterio, Julduino et Ermenfredo coquis. — *Adde* St-Père, t. II, p. 311, n° 61 (1101-1129) ; — p. 488, n° 29 (1101-1129).

(2) St-Père, t. I, p. 165, n° 38 (ante 1080) : omnia quæ in mundo temporaliter possidebat derelinquens..... comam capitis deponens, monastice victurus, factori suo se tradere studuit. — t. II, p. 479, n° 17 (1101-1129) : donavi ecclesie beati Petri Carnotensis me in primis et omnia que possidebam. — Innombrables exemples au Cartulaire de Redon.

(3) St-Père, t. I, p. 225, n° 103 (avant 1080) ; t. II, p. 306, n° 53 (1116-1124) ; — p. 596, n° 103 (circa 1150) : Egritudine itaque ejus invalescente, promittens morum viteque conversionem, monachilem habitum petiit et suscepit : et sic in pace, ut credimus, requievit. — Redon, n° 295 (1081-1083), p. 245. — Pérard, p. 92 : Hugo dapifer, Divioni moriens, et se Monachis Sancti Benigni pro Monacho reddens, filium suum Clericum, Gisleberlum nomine Canonicis Sancti Stephani pro Canonico, in manu domni Galonis prioris tradidit, simulque medietatem decimæ de Curceiaco illis vulpivit atque concessit — Pérard, p. 227 (1136). — Cf. X, III, 28, c. 4.

(4) Redon, n° 316 (circa 1070), p. 269 : Paganus, ... recognoscens inter ceteras iniquitates rapinam quam monachis Sancti Salvatoris

lippe-Auguste dans son testament ordonne d'une façon générale de réparer les dommages qu'il aurait pu causer à tous et à chacun; il prescrit de prélever à cet effet une somme de 50.000 livres sur sa succession (1). Son fils Louis VIII, en 1225, recommande de même de veiller à l'exact payement de ses dettes (2) : on ne veut paraître devant Dieu que libéré de toute obligation vis-à-vis de ses semblables, et c'est encore le souci du salut qui inspire de pareilles clauses.

Toutefois, à partir du XIIe siècle (3), les dispositions d'ordre profane ont commencé à se réintroduire dans les chartes souscrites en vue de la mort. Elles s'y mêlent d'une façon de plus en plus fréquente, et au XIIIe siècle nombre de grands personnages consacrent une longue partie de leur testament au règlement d'intérêts tempo-

fecerat, petivit indulgenciam, et petendo omnia eis que sui antecessores dederant absque calumnia reddidit; — n° 349 (1136), p. 301. — St-Père, t. I, p. 126, n° 6 (ante 1070) : — t. II, p. 596, n° 103 (circa 1150) — Cluny, n° 4020 (1131); t. V, p. 374.

(1) Voir l'appendice.

(2) Layettes du Trésor, n° 1710, t. II, p. 54 : Item volumus et precipimus quod de mobilibus nostris omnes interceptiones nostre emendentur, et debita que debemus nostris creditoribus reddantur.

(3) Cluny, n° 3755 (circa 1100), t. V, p. 108 : donation à cause de mort au profit d'une sœur et d'un beau-frère. — St-Père, t. II, p. 370, n° 158 (1129-1150). Il y est question d'un nommé Ansoldus qui a opéré en mourant une division de ses biens. — Chartularium insignis ecclesiae Cenomanensis, n° 85 (entre 1142 et 1186) p. 44. La *confessio* de Brito porte, entre autres choses, sur certains biens attribués à son neveu et à la mère de celui-ci. — *Ordonnances des rois de France*, t. I, p. 21 (1190), premier testament de Philippe-Auguste ; le roi partage son Trésor en deux moitiés : l'une pour son fils et l'autre pour des Églises. — Layettes du Trésor, n° 380 : t. I, p. 164. Privilegia burgensium castri Exolduni ab Odone domino Exolduni confirmata (1190) : .... Omnibusque in eo habitantibus, tam in sanitate quam in egritudine corporis constitutis, res suas dum vixerint *cuicunque voluerint* dare licebit. — Les *Assises de la Cour des Bourgeois* supposent, à coté de « l'aumosne por Dé », des clauses d'ordre temporel qui paraissent être souvent fort importantes (ch. 202 ; Beugnot, p. 136).

rels (1). Mais le legs pieux n'en reste pas moins la clé de voûte de l'acte à cause de mort. Jamais il n'est oublié, et dans les classes bourgeoises il continue d'absorber à peu près complètement l'activité testamentaire. La charte de la commune de Laon (1189) ne prévoit et ne permet que les aumônes pour le salut de l'âme (2); les lettres du roi, datées de 1197, qui autorisent les habitants de Bourges à donner avant de mourir un tuteur à leurs enfants (3), laissent voir que ces dispositions additionnelles conserveront un caractère accessoire et subordonné par rapport « au legs », c'est-à-dire au legs pieux (4).

Les prêtres prennent soin d'inviter les malades à sanctifier leurs derniers moments par quelque œuvre charitable. Ils se font un devoir de les exhorter ainsi à la générosité (5). Il fallait en effet satisfaire à la justice divine

(1) Second testament de Philippe Auguste (1222); voir l'appendice. — Testament de Louis VIII (1225): Layettes, n° 1710; t. II, p. 54. — Testament de la Duchesse Agnès (1226): *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 438. — Testament de Hugues de Vaudémont (1235); *ibid.*, col. 448.

(2) Layettes, n° 358; t. I, p. 153 : quod si uterque (vir et mulier) obierit, si propinquos in civitate habuerint, quantum voluerint de substantia sua pro animabus suis in elemosinam dabunt, et reliquum propinquis eorum remanebit.

(3) Ordonnances, t. I, p. 22; § 1 : Noverint universi presentes, pariter et futuri, nos bene velle, ut quando aliquis, ex Burgensibus nostris Bituricensibus, moriens, *legatum suum* fecerit; ipse, si voluerit, partem suam et partem puerorum suorum in manibus alicujus Amicorum suorum mittat, salva parte illa, quam uxor ejusdem burgensis morientis habere debet.

(4) *Adde* l'enquête de 1205, reconnaissant en Normandie la compétence ecclésiastique *de legato mortui*. (Layettes, n° 785; t. I, p. 297). — Cf. *Très ancien Coutumier de Normandie*; pars I; ch. 57, § 2 (E. J. Tardif, p. 47).

(5) St-Père, t. II, p. 596, n° 104 (1102-1129) : Nam cum Willelmus de [illegible] ultima egritudine, qua erat de hac luce exiturus, decumberet, Willelmus, abbas Carnotensis, vir ratione et litterarum copia [illegible], eum de salute anime sue sollicitans, ut de suis bonis, pro

pendant qu'il en était temps encore, et à la suite de Burchard de Worms (1). Yve de Chartres n'avait pas manqué d'insérer dans son *Decretum* (2) le canon du concile de Mayence enjoignant aux confesseurs de remplacer pour les moribonds les pénitences corporelles par des aumônes (3). Faire venir avant de mourir un prêtre à son chevet et lui avouer les fautes de sa vie, c'est bien, mais ce n'est pas assez. Il faut aussi des actes satisfactoires : et les libéralités *ad pios usus* sont le moyen par lequel on s'acquitte normalement de ce devoir. D'où une liaison constante dans les esprits du temps entre la confession et le testament (4). Ceux qui n'ont point laissé de testament sont toujours morts sans confession (5) ; et l'on est si bien habitué à associer les deux idées que le mot *intestat* est très souvent remplacé par le mot *déconfès* (6). Mourir

refrigerio anime sue, Deo tribueret, salubriter peroravit. — p. 396, n° 103 (1101-1129). — Redon, n° 351 (circa 1110), p. 303.

(1) XVIII, 14 : éd. de 1549, p. 258.

(2) XV, 36 (éd. de 1647, p. 398).

(3) Voir *supra*, p. 351, note 1.

(4) Voir par exemple Redon, n° 291 (1081-1113), p. 240 : confessus est eis peccata sua et recognovit donum quod æcclesie rothonensi pro salute sua dederat...

(5) Réciproquement ceux qui meurent sans confession ne laissent pas d'ordinaire de testament ; mais il y a des exceptions, comme le prouvent les *Assises de la Cour des Bourgeois*, ch. 202 : le texte appelle ces impénitents des *non confès*, comme pour éviter le mot *déconfès* qui impliquait l'idée d'absence de testament. Beugnot, p. 136 : Et ce celuy ou cele qui fist celuy testament.........: ce il y ot lés garenties com estre y deivent, soit confès ou non confès, si comande et juge la raison et l'asise dou reaume de Jerusalem que deit estre ferme ce qu'il avera devise en son testament.

(6) *Assises de la cour des Bourgeois*, ch. 189 (éd. Beugnot, p. 127) — Charte de Louis VII pour les habitants de La Rochelle : Dedi et concessi in perpetuum omnibus hominibus, qui manent Rochellæ,..... quod quicumque ex illo *sive testatus, sive intestatus, id est, sive confessus, sive non*, morietur, omnes res ejus et possessiones integre et inrecte remaneant heredibus suis et generi suo. Illius autem qui

déconfès, ou comme on dit aussi quelquefois *inordinatus* (1), *sine lingua* (2), c'est mourir sans avoir rempli toutes ses obligations chrétiennes, c'est ne pas avoir confié au prêtre ses aumônes avec ses péchés, et une telle mort est un déshonneur (3). Il en résultait même parfois, pour le défunt et sa famille, des conséquences d'ordre canonique ou civil. On a fréquemment signalé à ce propos des refus de sépulture et des exactions seigneuriales (4);

testatus, sive confessus morietur, praecipio, quod testamentum stet juxta ejus divisionem. — Charte de Henri III d'Angleterre pour la même ville. — Cité par Du Cange, v° *Intestatio;* éd. Henschel, t. III, p. 872, 1re col. — On trouve aussi le mot *confessio* usité dans le sens de testament : *Chartularium insignis ecclesiae Cenomanensis*, n° 83, p. 44. Mais quoi qu'en pense M. Beaune (*Conditions des biens*, p. 353) je ne crois pas qu'il y ait dans ce fait une preuve du caractère sacramentel attribué au testament. Les rédacteurs de la charte précitée se sont attachés à l'idée de *déclaration* contenue dans le terme *confessio;* sous leur plume, l'expression désigne une manifestation orale de volonté. Ce qui le démontre, c'est l'emploi concomitant du verbe *confiteri* signifiant *déclarer* : didicimus, ipsum Britonem *confessum* fuisse, quod domus ejus lapidea cum anteriori introitu et exitu, tantum post decessum ipsius viri, ecclesie Beati-Juliani cedere debet.

(1) Guillaume de Tyr, XII, 23. — Cf. Note de Du Cange sur les *Établissements de Saint-Louis*, I, 93 (Cité par Viollet, *Établissements*, t. IV, p. 42).

(2) Guillaume de Tyr, XII, 23. — Las siette Partidas, partida primera, t. XIII, leg. 6. — Cf. Du Cange, v° *intestatio*. Note de De Laurière sur les *Ét. de St-Louis*, I, 93 (cité par Viollet, Ét., t. IV, p. 46).

(3) Chronicon Laurisham, p. 92 : Nam ferme biennio mutus et elinguis, ac dira omnium membrorum paralysi contractus, carne jam praemortua, solo spiritu palpitans, dedecorose tandem et intestatus expiravit. — Cité par Du Cange, v° *Intestatio*, t. III, p. 872, 1re col.

(4) Voir Du Cange, v° Intestatio; — De Laurière, *Glossaire*, v° *Exécuteur testamentaire*. — Note de Du Cange sur les *Ét. de St-Louis*, I, 93 (cité par Viollet, t. IV, p. 42). — Note de De Laurière *ibid.* (cité par Viollet, t. IV, p. 46). — *Libertés de l'Église Gallicane* par Pierre Pithou : *Preuves* par Pierre Dupuy ; sous l'art. 21, p. 101. — Bohmer, *l. c.*, Observatio IV, § 8. — Thomassin ; *Ancienne et Nouvelle Discipline de l'Église* ; éd. de 1725 ; t. III, col. 160. — Bordier, *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 1844, p. 409 et 410.

mais il importe de remarquer que les textes invoqués viennent surtout d'Angleterre (1). Pour notre pays, il est impossible de dégager des règles d'ensemble, et tout se résout en une question de temps et de lieu (2). Un concile provincial de Narbonne, en 1227 (3), décida que les individus qui, n'ayant pas appelé de prêtre durant leur dernière maladie, décéderaient intestats, resteraient privés de sépulture tant que l'Église n'aurait pas reçu satisfaction. C'était la sanction par laquelle l'assemblée des prélats espérait empêcher qu'on ne négligeât *in extremis* la confession et les legs pieux, considérés comme un tout indivisible. C'était en même temps un moyen d'exciter la famille à réparer utilement une omission préjudiciable aux intérêts spirituels du défunt. Sous l'empire des mêmes préoccupations, Henri III d'Angleterre, dans une charte accordée aux habitants de La Rochelle (4), autorise en cas de mort subite les parents et les amis de la victime à distribuer ses biens en pieuses libéralités, pour suppléer dans la mesure du possible aux derniers Sacrements qu'elle n'avait pas reçus. Les évêques se trouvèrent assez naturellement amenés à intervenir en pareille circonstance, dans le but d'assurer l'exact emploi des sommes qui de-

(1) Glanville, VII, 16 : — Regiam Majestatem, II, 53 : — Mathieu Pâris, *passim*.

(2) Cf. Paul Fournier ; Officialités, p. 89.

(3) Concilium provinciale Narbonense (1227), c. 5 (Labbe, t. XI, pars I, col. 305) : *De condendis testamentis*..... Quod si testator vocare, ut diximus, sacerdotem et viros catholicos contempserit : careat ecclesiastica sepultura, donec de hujus mandati contemptu, ecclesiæ satisfactum fuerit competenter.

(4) Du Cange, *v° intestatio* ; t. III, p. 872, 1re col. : Si vero aliquis illorum colli fractione, vel submersione, vel aliquo casu subita morte præventus fuerit, et spatium confitendi non habuerit, concedo, ut secundum rationabilem dispositionem et considerationem parentum et amicorum suorum res suæ distribuantur, et eleemosynæ fiant pro anima ejus.

vaient être affectées à de salutaires aumônes (1). Mais leur action ne s'est pas toujours bornée là ; à Chartres, par exemple, ils affirment avoir le droit de « saisir » les biens des clercs intestats (2). Cette fois, la mort sans legs pieux est considérée comme une sorte de crime, que l'on punit de la confiscation. Les seigneurs ne manquèrent pas, en se plaçant au même point de vue, de mettre la main sur le patrimoine des déconfès (3). Leurs prétentions sont régulièrement reconnues en Normandie. C'est en effet dans cette province, unie à l'Angleterre jusqu'en 1204, que les mesures dirigées contre les intestats furent le plus rigoureusement organisées. L'enquête sur les droits du souverain, ordonnée par Philippe-Auguste à la suite de l'annexion, fait connaître que leurs meubles appartiennent

(1) Quinque compilationes antiquæ ; comp. V : III, 13, c. unique (Friedberg, p. 173). Omnes vero peregrini et advenæ libere hospitentur ubi voluerint, et hospitati, si testari voluerint, de rebus suis ordinandi liberam habeant facultatem, quorum ordinatio inconcussa servetur. Si vero intestati decesserint ad hospitem nihil perveniat, sed bona ipsorum per manus episcopi loci tradantur, si fieri potest, heredibus, vel in pias causas erogentur ; hospites vero, si aliquid de bonis talium contra hanc nostram constitutionem habuerint, triplum episcopo restituant, quibus visum fuerit assignandum, non obstante statuto aliquo aut consuetudine seu etiam privilegio, que hactenus contrarium inducebant.

(2) Charte de Renaud, évêque de Chartres (1195) : Universos presbyteros in decanatu de Sparnone constitutos ab omni violentia, taleis et exactionibus perpetuo absolvimus, ita etiam quod nullus presbyterorum decanatus de Sparnone, nisi ordine judiciario suspendi poterit, *nec res alicujus saisientur, nisi ipsum Intestatum, quod absit, viam universæ carnis ingredi contigerit*. Cité dans Du Cange, v° *Intestatio*, p. 874, col. 2.

(3) En Roussillon, les seigneures invoquèrent un droit d'*intestia* en de nombreuses localités : mais ils furent d'assez bonne heure forcés d'y renoncer. — Voir Alart, *Privilèges et Titres du Roussillon*, *passim*, et spécialement p. 47, charte de 1165 accordée par l'évêque d'Urgell aux habitants de cette ville ; — p. 139, charte de 1235 relative à la ville d'Arles.

[illegible] Bourgeois [illegible] descendants [illegible] par [illegible] parents [illegible] principes de la déshérence [illegible] question [illegible] déchéance.

Testamento [illegible] 1205 [illegible] p. 780 [illegible] Item [illegible]

[illegible] parentela [illegible] — [illegible] Du Cange, [illegible] testatio, t. III, p. 872.

— [illegible] p. 127. Ici devons la [illegible] — [illegible] que ans biens avoit desconfès, si com il avoit [illegible] de nostre Seignor [illegible] ceaux qui mure [illegible] ne autre parent [illegible] commande que tout [illegible] Mais se ceaux qui [illegible] que qui [illegible] est dreit et raison par [illegible]

civile à l'encontre des *intestati*. On voit combien sont discordants les usages locaux. En général, l'absence de legs pieux fait présumer que le défunt n'a pas reçu les derniers Sacrements; partant de cette idée, évêques et seigneurs, dans des intentions tantôt pures, tantôt douteuses et tantôt coupables, ont cherché à s'immiscer dans le règlement de la succession. Ils ont réussi en certains territoires à se faire reconnaître des droits durables : mais il n'y a là qu'une série de faits isolés, qui ne comportent pas de systématisation doctrinale.

Quels que fussent les usages spéciaux à chaque région, partout les confesseurs étaient armés d'arguments à peu près irrésistibles pour décider les pénitents à laisser à l'Église une partie de leurs biens. Aussi voit-on parfois les réguliers et les séculiers se disputer le droit d'occuper les premiers le chevet des malades (1). Les abus étaient inévitables : les prêtres et les moines étaient trop influents sur l'esprit des mourants pour n'être pas tentés de leur demander des dons démesurés; ils succombèrent à la tentation, et un concile de Paris dut, au début du XIII[e] siècle, mettre un terme à leur « avarice » en déclarant que les laïques ne seraient plus obligés de laisser somme suffisante pour faire dire des messes pendant une semaine, un mois ou un an (2).

(1) St-Père, t. II, p. 593, n° 99 (1108). C'est une charte de donation souscrite par un chanoine au profit de l'abbaye de St-Père : donamus etiam ibidem aream ubi monachi, remotâ dilatione, possint domum sibi convenientem [extruere]; hac interposita conditione, ut monachus ibidem deputatus nullum adeat visitare infirmum, donec precesserit presbiteri visitatio, nisi id fiat ex consensu presbiteri. Postquam autem presbiter sue visitationis debitum expleverit, licebit monacho infirmum adire, et quicquid boni ei collatum fuerit licenter suscipere.

(2) Synode de Paris de 1212 ou 1213; 1re partie, c. 11 (Mgr. Hefele, *Histoire des Conciles*; trad. Delarc; t. VIII, p. 105) : « Afin de mettre un terme à l'avarice des clercs, les laïques ne seront plus obligés, à l'avenir, de laisser, par leur testament, de quoi faire dire des messes

Les legs pieux étaient fréquemment adressés au prêtre qui les avait inspirés; il n'en est pas moins vrai que le disposant visait l'Église derrière l'ecclésiastique; « il s'était préoccupé du salut de son âme et non de l'intérêt particulier du prêtre. » On tenait compte de son intention sans s'arrêter aux termes qui ne la traduisaient qu'en la trahissant (1), et d'une façon générale, on posa cette présomption que tout legs adressé à l'évêque par un étranger était fait *intuitu Ecclesiæ* (2) : l'Église était donc appelée à en bénéficier, au moins partiellement. En sens inverse,

pendant un an, pendant trente jours ou pendant sept. Les prêtres ne doivent pas admettre un trop grand nombre d'anniversaires, afin de ne pas être, par la suite, dans l'obligation de prendre des ecclésiastiques à gages. Afin de diminuer le nombre de ces anniversaires, ils ne doivent pas non plus dire pour les défunts des messes sèches : en général les sacrements et les sacramentaux ne doivent pas être vendus. »

(1) Gratien, Pars II, causa XII, quæstio 3, c. 3 : *De pontificibus, quibus ab extraneis vel cum ecclesia, vel sequestratim aliquid dimittitur.* Pontifices, quibus in summo sacerdotio constitutis aliquid ab extraneis aut cum ecclesia, aut sequestratim dimittitur, aut donatur, (quia hoc ille, qui donat, pro redemptione animæ suæ, non pro commodo sacerdotis offerre probatur), non quasi suum proprium, sed quasi dimissum ecclesiæ inter facultates ecclesiæ computabunt, quia justum est, ut sicut sacerdos habet quod ecclesiæ dimissum est, ita et ecclesia habeat quod relinquitur sacerdoti.

(2) X. III, 26, c. 15. *Relictum episcopo contemplatione personæ, non dividitur cum ecclesia cathedrali; secus, si contemplatione ecclesiæ, sive nihil relinquatur ecclesiæ sive aliquid, sive conjunctim sive separatim.....* Requisisti de his, quæ testator pro anima sua legat in ultima voluntate, qualiter sint inter episcopum et ecclesiam dividenda..... Sed considerandum est diligenter, utrum testator leget hoc modo : « relinquo, inquit, istud episcopo » an : « relinquo istud ecclesiæ; » vel : « relinquo istud episcopo et ecclesiæ; » an : « relinquo istud episcopo et relinquo istud ecclesiæ. » In primo casu distinguendum est, utrum relinquatur illud episcopo ab extraneo, an a propinquo. Si ab extraneo, generaliter verum est, quod præsumitur esse relictum intuitu ecclesiæ, non personæ. Unde cathedralis ecclesia de illo potest canonicam petere portionem, quemadmodum episcopo competit sua portio, si aliquid ipsi ecclesiæ relinquatur.

l'évêque avait droit à une fraction des biens laissés à son église cathédrale : le tiers ou le quart selon les pays (1). C'est ce qu'on nommait la *canonica portio*. En vain le *de cujus* exprimait-il dans une clause formelle l'intention d'exclure le pasteur diocésain ; on ne tenait pas compte de son désir, « parce que la volonté d'un testateur ne peut pas modifier une disposition canonique générale. » Les legs affectés au service du culte échappaient seuls à une réduction de ce chef: encore fallait-il qu'une pensée frauduleuse n'en eût pas motivé la destination (2).

II

Règles de compétence.

Ce ne sont pas seulement l'esprit évangélique et la doctrine chrétienne qui exercent leur influence sur les dispositions à cause de mort; c'est aussi l'Église catholique en tant que société organisée, et comme gouvernement seul

(1) Gratien, Pars II, causa XII, quæstio 3, c. 4. — X, III, 26 ; c. 14; c. 15 : .....Et quidem regulariter verum est, quod episcopus debet de his secundum diversas consuetudines tertiam vel quartam portionem habere .... Servanda est dispositio testatoris; secus autem, si exprimat, quod velit esse illud tantum ecclesiæ, non episcopi, quia privata dispositio testatoris non potest generalem constitutionem canonis immutare. — Ch. De Héricourt ; *Lois Ecclésiastiques* ; Analyse des Décrétales : III, 26, p. 126.

(2) X. III, 26, c. 20. *Ponit quædam legata, in quibus non solvitur canonica portio, nisi fiat in fraudem.* De his, quæ in ornamentis vel pro eis, seu fabrica, luminaribus, anniversario, septimo, vigesimo, tricesimo die, sive aliis ad perpetuum cultum divinum legantur ecclesiis vel reliquis piis locis, canonica portio, dummodo in fraudem non fiat, ut ea episcopus seu parochialis ecclesia debeat defraudari, deduci non debet.



constitué d'après une hiérarchie régulière et puissante au milieu de l'universelle décomposition des souverainetés temporelles. A ce titre, la machine testamentaire, dans sa technique comme dans son fonctionnement, subit la direction des maîtres de la vie spirituelle; ils en règlent la structure et en surveillent la mise en mouvement. Qu'on en analyse les rouages ou qu'on en observe la marche productrice, toujours on retrouve l'effort du pape, des conciles et des évêques. C'est donc seulement à mesure que se développera notre étude que nous pourrons saisir dans ses manifestations diverses l'action de l'Église catholique sur les actes à cause de mort. Chacun de nos chapitres nous mettra en présence de quelqu'une de ses attributions. Pour le moment, nous devons nous borner à noter la prérogative suprême qui achève et résume toutes les autres, c'est-à-dire la compétence judiciaire, d'où découle la faculté de réglementer législativement les objets soumis à ce pouvoir juridictionnel.

En terminant l'examen de l'époque franke, nous constations que le IXe siècle prenait fin sans que les procès relatifs aux actes à cause de mort fussent *ratione materiæ* déférés aux cours d'église. Au contraire, pour le XIIe siècle, les commentateurs sont unanimes à déclarer que la connaissance de ces causes appartenait aux tribunaux épiscopaux, et ils appuient leur dire de preuves certaines, que nous passerons en revue au fur et à mesure de ces développements (1). C'est donc entre le Xe et le XIIe siècle que les litiges testamentaires ont pris définitivement le carac-

(1) Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 283. — De Laurière ; *Glossaire*, v^o Exécuteur testamentaire. — Thomassin, *l. c.*, éd. de 1725, t. III, I, 24 ; col. 154 et sq. — Böhmer, *l. c.*, Observatio IV, § 7. — Fournier ; *Officialités*, p. 87. — Friedberg, *de finium inter Ecclesiam et civitatem regundorum judicio*, p. 119. — Beauchet, *Origines de la juridiction ecclésiastique*, dans N. R. H. 1883, § 66, p. 474.

tère canonique qui les a fait soumettre au juge ecclésiastique. A quelle époque exactement s'est opéré le changement de juridiction? Il faut se garder à cet égard d'un excès de précision, car la modification ne se fit pas d'un seul coup, sur l'ordre d'un législateur. Ce fut le résultat de la lente variation des usages locaux, ici plus empressés et là plus réfractaires à accroître l'influence épiscopale. Toutefois, et malgré les tendances particularistes inhérentes au Moyen-Age, les phénomènes religieux se ressentaient toujours de l'unité essentielle de l'Église. Un diocèse recevait souvent pour chef un prêtre élevé dans des régions différentes, qui ne manquait pas d'apporter avec lui les habitudes de son milieu originel; l'évêque, en tout cas, entretenait des rapports avec ses collègues voisins, et n'ignorait aucun des événements importants de leur administration. L'intervention du métropolitain, des synodes provinciaux, et en dernier ressort de la curie romaine, contribuait enfin à assurer un niveau moyen sensiblement égal partout au flot montant des attributions épiscopales. On peut donc, sans définir une date fixe qui ne répondrait à rien de réel, indiquer une période au cours de laquelle s'établit la compétence du juge d'Église : c'est à la fin du XIe siècle qu'elle s'introduit; elle achève de s'imposer dans le premier tiers du siècle suivant.

Deux ordres de preuves nous permettent d'affirmer cette conclusion : elle ressort à la fois des textes canoniques officiels et des chartes concrètes.

Avant d'ouvrir les grandes collections de canons ou de décrétales, il importe d'indiquer comment nous comptons en tirer parti. Voici le point de départ du raisonnement : tant que les évêques restèrent étrangers à la solution des litiges testamentaires, la législation de l'Église n'eut pas à s'inquiéter non plus de ces questions techniques, et les recueils de canonistes ont dû passer cet ordre d'idées

sous silence. Mais la situation changea, le jour où les tribunaux ecclésiastiques, élargissant leur rôle, s'occupèrent des actes à cause de mort et du droit qui les gouverne. Dès lors, les supérieurs ecclésiastiques, en édictant des prescriptions diverses pour les juges qui leur étaient soumis, furent amenés à toucher à ces matières antérieurement réservées à la coutume laïque. Les auteurs enregistrèrent la législation et la jurisprudence nouvelles : l'apparition, dans les ouvrages de droit canon, de titres consacrés *ex professo* au règlement juridique des dispositions *mortis causa* doit donc suivre l'attribution aux évêques de la compétence testamentaire. Le second de ces événements est nécessairement postérieur de quelques années au premier, car il faut un certain laps de temps pour que le travail législatif puisse être demandé et obtenu ; mais l'intervalle entre les deux ne saurait cependant être trop considérable, car la pratique judiciaire se heurte bien vite à des difficultés qui appellent une réglementation, surtout quand les juges nouveaux sont dominés, comme dans l'espèce, par des tendances en partie contraires aux coutumes anciennes. Ainsi la méthode qui va diriger nos investigations se dégage d'elle-même : il suffit de déterminer l'époque où le droit testamentaire prend une place sérieuse dans les compilations canoniques, pour être assuré que la connaissance des causes testamentaires a été reconnue aux évêques dans le demi-siècle précédent.

Or, les monuments de la science canonique ignorent longtemps l'objet de nos études : rien qui y fasse allusion dans les vingt livres de Burchard de Worms ; rien non plus dans la *Panormie* d'Yve de Chartres, qui se présente cependant comme un abrégé complet du droit canon. Le *Decretum* du même prélat contient, il est vrai, trois ou quatre dispositions relatives aux actes de dernière

volonté (1) : mais ces textes, empruntés aux Institutes de Justinien ou à l'*Epitome* de Julien, sont disséminés dans la 16e partie, *de officiis laicorum et causis eorumdem*, au milieu de passages traitant des matières les plus diverses, des successions ab intestat ou des contrats, par exemple : il n'y a pas là l'exposition d'ensemble que nous cherchons, et qu'on accorde, au contraire, amplement développée, à la législation matrimoniale (2).

Nous arrivons ainsi au Décret de Gratien, dont la composition se place un peu avant l'année 1150. Il y a, cette fois, un certain nombre de dispositions qui concernent les testaments. A la vérité, elles visent surtout des points de discipline : il s'agit du sort des biens légués à l'Église ou à des prêtres (3) ; il s'agit de la capacité des clercs (4) ; il s'agit des sépultures (5). Mais Gratien a soin de reproduire également les ordonnances des conciles qui lançaient l'excommunication contre les héritiers rebelles à l'exécution des legs pieux (6) ; et d'un autre côté, reprenant et étendant la disposition d'un pape du ve siècle relative à un esclave de l'Église, il déclare les serfs en général inhabiles à tester (7) : voilà qui révèle l'immixtion du juge d'Église et du droit canon en matière testamentaire. Seulement les indices de cette ingérence sont rares encore au Décret ; ils ne sont ni coordonnés ni même groupés,

(1) Pars XVI ; c. 115, éd., de 1647, p. 432 (extrait de l'*epitome Novellarum Justiniani* de Julien, I, 1) — c. 116, p. 432 (*ibid.* I, 4). — c. 188 p. 439 (Extrait des *Institutes* de Justinien, II, 12). — Cf. c. 302, p. 448 (extrait du *liber veterum capitularium*, ch. 212).

(2) Le *Decretum* d'Yve de Chartres consacre au mariage les parties VIII : *de legitimis conjugiis*, et IX : *de incesta copulatione*

(3) Pars II : causa XII, quæstio 3, c. 3 et 4.

(4) Pars II, causa XII, quæstio 5.

(5) Pars II, causa XIII, quæstio 2, c. 2, 3, 6, 7, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19.

(6) Pars II, causa XIII, quæstio 2, c. 4, 9, 10, 11.

(7) IV. Pars, Gratian et c. V.

et des parties entières de la technique testamentaire ne sont point effleurées. L'Église n'a pas marqué son empreinte sur l'acte à cause de mort en temps qu'institution juridique ; et si elle en a pris la direction juridictionnelle, l'influence de son pouvoir réglementaire ne s'est pas encore fait profondément sentir.

Il faut atteindre le dernier tiers du XIIe siècle pour trouver les testaments étudiés doctrinalement comme matière canonique. La *collectio Parisiensis II* (circa 1179) (1), l'*appendix concilii Lateranensis* (1181-1191) (2) consacrent un titre « aux sépultures et aux volontés ultimes » : la collection de Bruges (après 1198) réunit six décrétales sous la rubrique : « De la liberté de tester et des legs » (3). La *compilatio prima*, de Bernard de Pavie (1187-1192), ne compte pas moins de 14 canons relatifs à notre matière, groupés en un même titre : *De testamentis et ultimis voluntatibus* (4) ; et l'exemple est suivi par trois (5) des quatre autres *Compilationes* qui se succèdent jusqu'en 1226. Lorsque parait le recueil des Décrétales de Grégoire IX, la réglementation testamentaire fait partie du droit canon : il est tout naturel d'insérer dans cette collection officielle le titre de Bernard de Pavie qui traite de cet objet, en en conservant la rubrique (6) et en l'enrichissant de quelques textes complé-

(1) Titre LII, *de sepulturis et ultimis voluntatibus* (Friedberg, *Die Canones-Sammlungen*, p. 41) : 4 canons.

(2) Titre XLIII, *de sepulturis et mortuorum voluntatibus* (Friedberg, *ibid.*, p. 80) : 5 canons.

(3) Titre LVI, *de libertate testandi et de legatis* (Friedberg, *ibid.*, p. 169) : 6 canons.

(4) Compilatio Prima, III, 22 : *de testamentis et ultimis voluntatibus* (Friedberg : *quinque compilationes antiquae*, p. 32).

(5) Comp. Secunda, III, 14 : *de testamentis* (Friedberg, *ibid.*, p. 84) : 2 canons. — Comp. Tertia : III, 19 : *de testamentis* (p. 123), 3 canons. — Comp. Quinta : III, 13, *de testamentis* (p. 173) : 1 canon.

(6) X, III, 26, *De testamentis et ultimis voluntatibus* ; 20 canons.

mentaires (1). On a ainsi, dans le document qui constitue la seconde assise du *Corpus juris Canonici*, une sorte de petit code des testaments, dont les divers articles émanent des papes ou des conciles ayant légiféré depuis 1159 (2).

La conclusion de cet exposé, c'est que les prescriptions des autorités catholiques, destinées à régir juridiquement les testaments, n'ont fait leur apparition qu'aux environs de l'année 1150, et qu'elles n'ont fourni les éléments d'un corps de doctrine que vers la fin du XIIe siècle. Il y a donc lieu de penser que le moment décisif, où les testaments ont été normalement soumis aux juges d'Église pour être appréciés en tant qu'actes générateurs de droits, se place au commencement du XIIe siècle.

Les chartes concrètes confirment et précisent les données précédentes. Un même cartulaire, celui de Saint-Père de Chartres, nous fournit pour la période critique quatre pièces qui jalonnent à souhait le chemin parcouru. Toutes les quatre sont relatives à des libéralités adressées au monastère par des malades, au moment et en vue de la mort.

La plus ancienne se place entre 1090 et 1100 (3). Une

(1) Il faut indiquer d'autre part que Raymond de Pennafort n'a pas reproduit le canon 1 de Bernard de Pavie, et qu'il a reporté le canon 8 au titre *de Renunciatione* des Décrétales (X. 1, 9. c. 4).

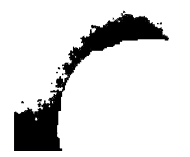
(2) Alexandre III (1159-1181) ; Innocent III (1198-1216) ; Grégoire IX (1227-1242) ; concile de Latran (1179). — Fait seul exception le canon 6, qui émane d'un très vieux concile de Mayence (Baluze : *additio tertia*, n° 87, p. 1173 : — Burchard de Worms, XV, 34 : — Yve de Chartres, XVI, 35). Il se borne, d'ailleurs, à enjoindre aux héritiers d'exécuter les volontés du défunt, sous peine de se voir interdire la jouissance des biens successoraux.

(3) St-Père, t. II, p. 313, n. 63. Recitatione hujus scripti legitimi et testimonio, universis tam presentis quam futuri evi fidelibus, ego Eustachius abbas veritatis certitudinem volo innotescere, quod quedam matrona, Ermengardis nomine, decubans in lecto egritudinis, quandam terram, quam a nobis censivam tenebat, que habetur juxta Portam Morardi, sancto Petro, pro remedio anime sue, dono indissolubili di-



terre a été donnée *in extremis* à l'abbaye; mais un certain Paganus de Regimalastro, en présence de qui l'opération a été confirmée, s'avise ensuite d'en contester la validité. « On prend jour pour plaider, racontent les moines, et nous convenons réciproquement de nous rendre à la cour de l'évêque Yve (c'est le célèbre Yve de Chartres) pour que justice se fasse. Furent présents : du côté de notre

misit. Unde eam, de domo Haldrici cornuarii, ubi egrotaverat, ad domum sancti Petri, scilicet domum Gilduini cementarii, deportavimus : ibique ei, in eadem egritudine qua diem clausit ultimum, amico famulatu, omnia necessaria, quia soror erat nostre congregationis, studio caritatis ministravimus. Ibidem, eam visitandi gratia, affuit de Regimalastro, cum alio quodam milite ejus nominis : in quorum presentia et audientia prefata matrona donum predicte terre iterando confirmavit. Cum igitur nature obeundo concessisset, defunctam in nostro cimiterio, juxta maritum suum, jam pridem a nobis humatum, debito exequiarum officio, honorifice tumulavimus. Testes hujus donationis fuere hii : ex nostra parte, Gumbaldus, Adventius, Laurentius, Gislebertus Lorini ; ex parte ejus, Paganus de Regimalastro, et Paganus, filius Walterii ; Hubertus de Regimalastro, qui postea factus est monachus. Interposito itaque parvi temporis intervallo, Paganus de Regimalastro, pro hac terra adversum nos calumpnie querelam excitavit : unde, accepto placitandi die, utrique ad executionem justicie in curia Ivonis episcopi, convenimus. Fuerunt ex parte ejus Gaufridus, comes de Pertico : Willelmus Goius, Ivo de Hilleriis, Wlferius, Robertus Aculeus, Bodellus vicedominus : Teobaldus, filius Stephani : Ivo Norberti, Hugo de Galardone ; Robertus, filius Guachonis : Ebrardus de Puteolo, Petrus, Arraudus. Ex nostra parte, Ivo episcopus, Gallinus subdecanus, Fulcho archidiaconus, Raimbertus monachus : Rainaldus, filius Gualterii : Laurentius, Adventius, Salomon, Gumbaldus ; Gislebertus, filius Lorini. His itaque utrinque causidicis presentis cause rationem placitatoria discussione ventilantibus, quidam famulus sancti Petri, nomine Laurentius, ex nostra parte prosilit in medium, libera voce se hujus donationis testem vociferans, asserens etiam Paganum de Regimalastro ibidem affuisse ubi Ermengardis predictum donum confirmaverat, et nequaquam huic dono contradixisse. Pagano autem e contra hoc negante, prenominatus famulus sancti Petri, nostra commonitione, diem belli et locum, annuente Pagano, suscepit ; contra quem Paganus suam presentiam minime exhibuit. Sic denique sopita hac calumpnia, memorata terra sancto Petro solida et quieta est dimissa.



adversaire, Gaufridus comte de Perche, Guillaume Goius, Yve de Hilleriis, Wlferius, Robert Aculeus, Bodellus vidame, Theobald fils de Stephane, Yve Norbert, Hugo de Galardone, Robert fils de Guachon, Ubrard de Puteole, Pierre, Arraudus. Et de notre côté : Yve évêque, Gallin sous-doyen, Fulcho archidiacre, Raimbert moine, Rainald fils de Gualterius, Laurent, Adventius, Salomon, Gumbald, Gislebert fils de Lorin. Tandis que les avocats constitués de part et d'autre exposaient dans leur plaidoirie la question litigieuse, un serviteur de Saint-Pierre, du nom de Laurent, sortit de nos rangs pour s'élancer devant le tribunal. Il cria librement qu'il avait été témoin de la donation, ajoutant que Paganus de Regimalastro était présent au moment où la donatrice avait confirmé son acte, et qu'il n'avait point élevé la moindre contradiction. Paganus déniant ces assertions, ledit serviteur de Saint-Pierre, sur notre invitation, prit jour et lieu pour le duel judiciaire. Mais Paganus ne se présenta pas contre lui. C'est ainsi que s'éteignit ce procès : la terre en cause fut laissée à Saint-Pierre, sans trouble ni contestation. » Il est certain que le jury dont il est fait ici mention n'est nullement le tribunal épiscopal ordinaire : jamais on n'aurait proposé, en cour d'Église, un duel judiciaire que n'admettait pas la procédure canonique (1). Nous sommes en présence d'arbitres, que les deux parties ont choisis pour moitié : *ex parte ejus, ex nostra parte*. Mais on a soin de faire figurer l'évêque au nombre de ces jugeurs, et il faut croire que son influence est prépondérante, puisque l'auteur de la notice donne à l'assemblée le nom de « cour de l'évêque Yve » [illegible] *episcopi*. Nous comprenons ainsi comment les prélats arrivent peu à peu à con-

(1) [illegible] t. V, p. 230
[illegible] 277



naitre des causes testamentaires : dans le document précédent, de la fin du XI[e] siècle, l'évêque n'est qu'un arbitre, volontairement désigné ; quelques années plus tard, dans la même région, il est juge investi d'une compétence normale, et ce sont les deux chartes suivantes de Saint-Père qui nous en informent.

L'une d'elles, antérieure à 1116, contient le récit des difficultés soulevées par l'aumône d'un défunt (1). Il avait

(1) St-Père, t. II, p. 278, n° 20 (1100-1116) Presentibus et futuris notum sit et certissimum, quod Natalis quidam, Radulfi filius, moriens, quamdam domum suam reliquit in manu Brientii, presbiteri sancti Hylarii, ut eadem domus venderetur, et precium ejus, partim pro salute ipsius in beneficio expenderetur, partim quibus erat debitor solveretur. Hanc igitur domum Robertus, subsecretarius sancte Marie, predicti Natalis sororius, emit VI libris et X solidis de manu Brientii presbiteri, presentibus et videntibus monachis sancti Petri, Rainardo preposito et Rainaldo monetario, et multis aliis secularibus viris. Postmodum vero huic emptioni calumpniam intulit Mainardus, predicti Natalis et uxoris Roberti avunculus, et alii plures eorum consanguinei ; quamobrem diu inter eos concertatum est et sepe placitatum. Postremo vero eorum contentio tali defiuitione conquievit : statutum est enim inter eos et pacifica conventione firmatum, ut Robertus et uxor ejus, quandiu viverent, predictam domum quiete ac libere possiderent, ita tamen ne eorum negligentia domus excideret aut in aliquo deterior fieret. Sed si, dum viverent, eamdem domum vel sani vel infirmi dimittere vellent, precium, quod pro ea dederant ab illis ad quos eadem domus hereditario jure pertineret, exigerent ; et si intra XL dies, ab eo die numeratos quo petitum esset precium, illud ad integrum recepissent, domum illam perpetuo retinendam relinquerent : sin autem, jam de cetero cuicumque vellent domum suam omni hereditario jure absolutam darent aut venderent. Sciendum etiam inter eos statutum esse et communi pacto firmatum, ut quilibet eorum, altero decedente, superviveret, Robertus scilicet vel uxor ejus, domum predictam aut possideret, si vellet, aut prefinito ejus precio petito, sive sanus esset sive infirmus, heredibus eam perpetuo retinendam relinqueret. Quod si precium requisitum aut negaretur aut intra terminum constitutum non redderetur, jam deinceps cuicumque vellet eamdem domum, omni hereditario jure absolutam, dare aut vendere posset. Huic conventioni testes affuerunt ex parte Roberti : Hugo de Leugis, subdecanus ; Gaufridus de Leugis ; Hugo, decani nepos, prepositus ; Walterius archidiaconus, Ansoldus, Godeschallus,

laissé une maison aux mains d'un exécuteur testamentaire, avec charge de vendre l'immeuble pour employer le prix au payement de ses dettes et à l'accomplissement d'œuvres de charité *pro salute ipsius*. Son beau-frère achète la maison; mais d'autres parents soulèvent des objections et portent l'affaire en justice. Après plusieurs audiences, les parties consentent une transaction. Restent les dettes à solder : le beau-frère, créancier du *de cujus*, voit encore contester par les mêmes adversaires le montant de ce qu'il réclamait comme son dû. Nouvelle comparution au tribunal : l'exécuteur testamentaire énumère toutes les dettes que lui a avouées le défunt; on discute point par point les articles du compte : certaines compen-

Gualterius de Bercheriis, Odo Quitellus, Erembertus, Robertus de Valeia. Ex parte Mainardi : Stephanus, filius Rogerii : Rotbertus Aculeus, Teobaldus Tepheri, Alcherius Grossinus, Barbous, Ernaldus Rogrini, Gunterius, Fulcaldus, Lambertus vicarii. Post hanc concordiam, ceperunt dicere propinqui non tantum fuisse in debito defuncti, quantum Robertus exigebat; ideoque convenire deberent ad inquirendum quanta fuisset debiti summa; quod et factum est. Cumque convenissent, multis ex utraque parte congregatis, tam clericis quam laicis, enumeravit Brientius presbiter defuncti debitum coram omnibus, sicut ipse defunctus confessus fuerat. Fuit autem summa totius debiti VI libre et XI solidi et VI denarii. Cumque primo de hac summa propinqui multa auferre conarentur, tandem, testificante presbitero sic se audisse a defuncto sicut ipse dixerat, quibusdam etiam ex parte propinquorum id ipsum confirmantibus, recognita est ab eis predicta debiti summa. XI tamen solidi et VI denarii, qui erant supra VI libras, ceciderunt de summa, eo quod Robertus eos habuerat de quibusdam vasis defuncti : de quadam caldaria X solidos, de quodam nofo XVIII denarios. Tunc renovata est prima concordia et confirmata, in tantum ut uxor Bernardi de sancto Martino, filia scilicet cujusdam sororis defuncti, et frater ejus acquiescerent predicte concordie in presentia monachorum sancti Petri : Gaufridi de sancto Leobino, Rainardi, Johannis de Curva Villa, Ieronimi et duorum canonicorum sancti Martini, Adelardo Rufi et Odonis. Hii fuerunt testes ex parte Roberti : Belinus, Gualterius Brito, Malparent : Fulbertus, nepos Gaufridi coci : Gualterius. Ex parte propinquorum : Alcherius Grossinus, Ernaldus Rogrinus, Garinus Bonellus, Hugo cocus.....

sations s'opèrent, et finalement le premier arrangement est de nouveau confirmé. Le texte ne nous dit pas quel magistrat présidait à ces débats minutieux. Mais c'est la procédure canonique qui se déroule devant nous : il est clair que nous sommes en cour d'Église.

C'est ce que dit en propres termes le troisième document de Saint-Père, entre 1116 et 1124 (1). Un mourant se fait moine en donnant une partie de ses biens au monastère. Son frère et ses beaux-frères attaquent ce « testament », et c'est à la « cour de l'évêque » qu'ils portent

(1) St-Père, t. II, p. 306, nº 53. Noverint omnes qui scriptum hoc lecturi sunt, quod Radulfus monetarius, filius Ernaldi, gravissimo quodam, quo et mortuus est, correptus incommodo, huic ecclesie nostre, monachorum scilicet sancti Petri Carnoti, semetipsum in monachum dedit, et, pro anime sue salute, aliquanta de possessionibus suis in elemosinam huic monasterio nostro donavit. Videlicet : unum arpennum vinee apud Luciacum, et medietatem unius grangie et unius viridarii et totius ejusdem ambitus in quo eadem grangia sedet ; itemque, apud Moncellum sancte Marie, unum arpennum vinee et dimidium plante ; itemque centum solidos post mortem uxoris sue, quos dabunt hii qui dotem ejusdem uxoris illius hereditate habebunt, sicut et alios trecentos solidos vicinis monasteriis. Cujus donationis testes sunt, qui predicti defuncti testamentum ejus ore exceperunt : Hugo, presbiter sancti Aniani : Willelmus Aculeus, Osbertus monetarius, Ebrardus de Monte Forti : Ansoldus, filius Dumenchii ; Isembardus, filius Teodoli : Aufredus loriminarius. Porro sororii ejusdem Radulfi, Radulfus de Allemont et Godefredus de Petra Pertusa, et Isembardus, frater ejus, predictum predicti beneficium, post mortem ipsius calumpniantes, impedire immo annullare conati sunt ; unde in curia episcopi, tunc Gaufridi de Leugis, in placitum contra predictos calumpniatores, die condicto, convenientes, judicio christianitatis, prescriptam elemosinam quietam et liberam, firman et ratam obtinuimus, audientibus et videntibus, tam ex nostra quam ex illorum parte, qui subscripti sunt testibus : ex nostra, Galterius archidiaconus, Sanson decanus, Zacharias archidiaconus, Hugo de Leugis, Bernardus capicerius, Gislebertus cancellarius, Ansoldus Godescalli, Robertus major, Floherius, Gosbertus Coispel, Guarinus marescallus : ex parte calumpniatorum, Hubertus Mordant, Radulfus de Capella : Paganus, major Sandardi Ville : Symon de Beureceols, Garinus Brise-Hante.

la plainte. Désormais la compétence du juge diocésain est certaine.

Elle n'est pas toutefois obligatoirement imposée, et les parties peuvent l'écarter d'un commun accord ; mais il faut au moins s'en expliquer. La quatrième charte annoncée nous fournit précisément l'exemple d'une convention qui tend à ce résultat (1) : dans le premier tiers du XII[e] siècle, le seigneur de qui dépendait une terre donnée à l'abbaye par le tenancier comme suprême aumône vient au chapitre du couvent pour régler exactement la situation. Les moines lui promettent de répondre à son tribunal des demandes concernant la terre aumônée, lorsque la contestation sera soulevée par un de ses hommes.

Le même état de droit se prolonge durant toute la fin de notre période, comme l'attestent des documents de date diverse. A la fin du XII[e] siècle ou au début du XIII[e],

(1) St-Père, t. II, p. 425, n° 31 (1101-1129) Noticie tam presentium quam sequentium palam esse volumus, quod Hildegardis, uxor Ansoldi de Mongeri Villa, cum moreretur, reliquit nobis in elemosina terram quam habebat apud Moenvillam, quam vir suus prior Radulfus, qui cognominatus est Bigotus, emerat atque ei propriam ad quicquid vellet faciendum dederat. Et Paganus de Mongeri Villa nobis eam concessit ipse et uxor ejus Adelais, et filii ejus omnes et filie, et Hugo vicecomes Castridunensis, qui supremus dominus erat. Veniensque Paganus, post paucos dies quam illa obierat, in capitulum nostrum, cum uxore sua supradicta et majore filio suo, pro hac concessione facienda, accepit a nobis suffragia orationum et alia monasterii beneficia, et sepulturam, quando moreretur, si vellet ad nos se adportari ; et, si in sanitate sua vellet ad nos venire et monachus fieri, eum reciperemus. Insuper et pro hac eadem re dedimus ei LX solidos ; hac conditione tamen, ut, si quis hanc terram nobis calumpniaretur et prevaleret, nec ipse posset eam defendere, fide data hanc eandem pecuniam promisit nobis reddere. Hoc etiam constituimus ei, quod, si quis homo suus eam calumpniaretur, in curia ejus responderemus ei quantum deberemus de re nobis data in elemosina. His audientibus qui subscripti sunt : Roberto Aculeo, Willelmo filio suo, Hugone Bove, Ansoldo Godescalli. Ex parte sua, Galterio, clerico de Bonavalle : Gallino clerico.

l'évêque de Paris (1) invite avec instance ses diocésains à porter toujours devant l'official les procès testamentaires : c'est proclamer à la fois la compétence du magistrat ecclésiastique et la possibilité de se soustraire à sa juridiction. Pour la Normandie, l'enquête de 1205 nous apprend que les litiges relatifs au « legs des morts » doivent être jugés en cour d'Église (2) ; et le très ancien coutumier, en répétant le principe, ajoute que l'application donnait lieu à de fréquentes difficultés entre l'archevêque de Rouen et le sénéchal (3).

Ainsi le tribunal épiscopal depuis le début du XII[e] siècle est le juge ordinaire des actes à cause de mort. L'importance de ce fait résulte des preuves mêmes qui nous l'ont attesté : il s'est formé pour ces libéralités une jurisprudence et une législation canoniques dont nous avons suivi

(1) Voir Thomassin, *Ancienne et nouvelle Discipline de l'Église*, t. III, Livre I, ch. 24, § 5 ; éd. de 1725, col. 357. Entre l'analyse de documents de 1196 et de textes de 1217, Thomassin écrit : « Les Ordonnances synodales de Guillaume, évêque de Paris, défendirent aux curés de recevoir les testaments sans la souscription de deux ou trois temoins, et les obligèrent d'exhorter les fidèles à les soumettre à la juridiction de l'Église, selon qu'il est de la piété et de la raison. *Prout decet, et est pietatis et rationis.* » (Synodi Parisienses, p. 37).

(2) Layettes, n° 785, t. I, p. 297 : Item diximus per sacramentum nostrum quod nulla ecclesiastica persona debet aliquem trahere in causam pro fide vel pro sacramento quod fiat de feodo laico vel catallo hominis laici ; sed. si fides data fuerit de catallo maritagii *vel de legato mortui*, vel de catallo clerici vel crucesignati, de causa illa bene possunt judicare.

(3) Pars I, ch. 57, § 2 (Tardif, p. 47) Sed multociens contingit quod quidam infirmus dat de terra sua ecclesie in elemosinam coram presencia presbiteri et duorum, vel trium vicinorum suorum audiencium, visineto nesciente contractum, et ita obiit ; filius contraire dono patris voluerit, petens recognitionem fieri, utrum sit de feodo suo vel elemosina ecclesie. Quando eciam juratum visinetum se faciat nesciens, hoc diffinitum erit in ecclesiastica curia, et non in laica : tamen multociens inter dominum Rothomagensem archiepiscopum et Willelmum senescallum placitum inde audivimus.

la progression croissante. Les principes adopté
jurisconsultes de l'Eglise furent dans une large
ceux des lois Justiniennes, et les décisions des
ou des papes, dans la sphère d'idées où nous so
fermes, se présentent essentiellement comme de
tion du droit romain. Le droit canon a conservé
essentiels de l'institution testamentaire, si savam
ganisée par les Prudents et les empereurs ; ma
soin de l'animer de son esprit et de la plier à sa d
Il a donc sa valeur propre et son action autonon
les facteurs qui ont dirigé l'évolution des actes à
mort dans nos pays coutumiers.

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DES DISPOSITIONS INTUITU MORTIS

C'est une renaissance que doit raconter ce chapitre. Aux premiers temps féodaux, le testament, — et nous avons défini la réalité que nous mettons sous ce terme, — le testament est mort. Il reste deux ou trois siècles enseveli sous l'enchevêtrement des créations barbares; puis il reparaît, d'abord faible, inconscient de lui-même, mal différencié des types qui l'environnent; ensuite plus fort, plus indépendant, mieux caractérisé par une physionomie propre : c'est alors que le testament coutumier est organisé.

Le mot *testamentum* a subi le contre-coup de ces vicissitudes; mais lui, n'a jamais disparu de la langue des praticiens : là, comme ailleurs, la forme romaine survit à l'anéantissement du fond qui la supportait primitivement. Aux xe et xie siècles, on appelle couramment *testamenta* des chartes entre-vifs; l'expression éveille alors une double idée (1) : l'idée d'une opération juridique, et celle d'un

(1) Cart. de Cluny, no 269 (926), t. I, p. 262. Charte de donation entre-vifs, sous réserve d'usufruit, au cours de laquelle on lit : placuit etiam hoc huic inseri testamento, quod nulli homini liceat, etc..... Si quis vero..... aliquam calumniam contra hoc testamentum inferre temptaverit..... — Beaulieu, no 108 (932), p. 161. Donation réalisée par des *elemosinarii* en exécution de leur mandat : Et si quis, nos ipsi, immutata voluntate nostra, aut ullus de heredibus nostris, aut

écrit constatant cet acte. Quelquefois on en use pour désigner l'opération abstraite elle-même, et c'est en ce sens qu'on parle de *carta testamenti* (1) : charte qui relate la donation ou le contrat. Mais d'habitude, on donne au mot *testamentum* une signification concrète et matérielle : c'est l'écrit, le parchemin où l'on a mentionné les clauses du pacte conclu (2). Sitôt que ressuscite la notion ro-

ulla immissa persona quae post hanc diem contra hoc testamentum ire aut ullam calumniam generare praesumpserit...... Cluny, n° 1537 (980), t. II, p. 586 : notum esse desideramus qualiter Ageno, archidiaconus noster, adiit nostre munificentie serenitatem... quantis potuit precibus deprecans, quo perpetuale donum, scriptum et testamentum concederemus domno Maiolo abbati, etc..... — Cart. de Notre-Dame, t. I, p, 226, n° 10 (1006) ; Charte de concession souscrite par l'évêque de Paris au profit de son chapitre : Si quis vero callidus impositor et ecclesiastice auctoritatis vipereus anfractor adnullare vel testamentum conatus fuerit..... — Pérard, p. 86 (XIe siècle ?) charte d'un évêque confirmant une concession octroyée par ses prédécesseurs à un chapitre : Si vero, quod Deo annuente minime speramus, aliqua laïcalis persona, contra hoc legitimum nostrum testamentum, a nobis in Deo solempniter promulgatum, etc...

(1) Cluny, n° 3492 (1076), t. IV, p. 606. Charte de donation entre-vifs : Facta cartula testamenti ipsius Kalendas augustas..... Hujus carte testamenti hii sunt testes..... — n° 3948 (1120), t. V, p. 303 : Et sicut tenemus, ita de nostro jure tollimus et cartam testamenti facimus, et tradimus sacro altario beatorum apostolorum Petri et Pauli loci Cluniacensis, ita ut nullus ex nobis vel ex omni nostra progenie ibi partem aut rationem habeat vel requirat. — Cf. Cluny, n° 1004 (956), t. II, p. 99 : Si quis ex facultatibus rerum suarum quippiam dare disposuerit sanctuario Dei....., prius ei necesse est facere conscriptionem jure testamentario, et sic deinde manumissionis sue munimine eam corroborare. Et deux lignes plus bas : Sub quo tenore ego Aiglaldus et uxor mea Alda statuimus testamentum sanctuario Dei.....

(2) Cluny, n° 1007 (956), t. II, p. 102 : Sub auctoritate testamenti. — n° 3241 (1049-1109) t. IV, p. 363 : tradimus per testamentum litterarum — n° 3492 (1076), t. IV, p. 605 : vobis patrones nostros et altare sanctum in honore sanctorum apostolorum Petrum et Paulum Cephas facimus series testamentum exaratum, propriam donationem ad locum Cluniacensem.....— n° 3582 (1081) t. IV, p. 721. Ego Adefonsus, divina gratia imperator totius Yspania, qui hunc testamentum fieri jussi et legente audivi..... — n° 3868 (1107-1108), t. V, p. 218 : san-

maine des dispositions de dernière volonté, immédiatement le mot *testamentum* s'adapte à ce concept pour lequel il est fait (1). Sans doute, il ne retrouve pas sa pleine valeur d'autrefois: l'institution s'étant profondément modifiée, le signe doit se mouler sur ces déformations; mais ce sont au moins de véritables actes à cause de mort qu'il annonce d'ordinaire, et bientôt on le réserve à leur usage exclusif.

Nous sommes donc mis en garde contre les illusions du langage. A l'époque capétienne, on ne peut pas plus qu'à l'époque franke conclure du mot à la chose, ni fonder un raisonnement juridique sur l'emploi du terme *testamentum*. Cette remarque était indispensable, avant d'exposer la genèse du testament coutumier, dont nous abordons l'étude en commençant par le néant ou le chaos originel.

citum decretumque est a patribus, ut quicumque aliquid alicui loco sanctorum pro salute animæ suæ dederit, vel etiam calumpniam aliquam contra ecclesiam juste aut injuste prius habitam spontanee werpiverit, ut hoc firmum et inconvulsum perhenniter maneat, testamentum inde autenticum fieri faciat. — n° 3995 (1127) t. V, p. 346 : facio testamentum donationis mee.

(1) Voici l'indication de quelques-unes des plus anciennes chartes où le terme figure avec sa véritable portée : St-Père, t. II, p. 370, n° 158 (1129-1150) : cum res suas divideret sub testamento moriturus. — Cluny, n° 4205 (1161-1172), t. V, p. 550, § 12 : Si quis testamentum fecerit, quod de rebus suis non contra jus statuerit, ita servandum est. § 13. Si quis non facto testamento obierit, is qui, defuncto genere aut cognacione propinquior fuerit, bona ejus habebit, qui et mortuum sepelire et pro anima ejus benefacere debet. *Adde* § 14. — n° 4260 (1177-1179), t. V, p. 613. Le roi d'Angleterre donne à l'abbaye de Cluny mille marcs d'argent : si autem quoad vixero illas non repetiero, concedo et volo ut illas in perpetuam habeat elemosinam abbatia vestra pro salute animæ meæ et meorum in portione testamenti mei. — Dans les compilations canoniques, le mot *testamentum* est toujours correctement employé.

I

Donations diversement modifiées.

Dire qu'au xe siècle le testament n'existait pas, que jamais un propriétaire ne rédigeait de ces actes qui restent sans valeur tant que vit leur auteur, mais qui, lui mort, transfèrent des droits réels par une vertu posthume, c'est énoncer une vérité négative dont la preuve directe est impossible, mais dont l'exactitude sera vérifiée quand nous aurons catalogué les opérations diverses qui produisaient pratiquement des effets analogues et qui parfois ont donné le change aux historiens.

Tout d'abord, de nombreux donateurs n'hésitent pas devant un sacrifice héroïque : pour le salut de leur âme ils se dépouillent actuellement et irrévocablement de tout ou partie de leurs biens (1). Le fait, en soit, n'est assurément pas incompatible avec l'existence du testament : il prouverait simplement l'ardeur généreuse des fidèles, empressés à rendre leurs bonnes œuvres plus méritoires en s'imposant un sacrifice personnel. Mais on sent quelquefois dans les chartes de ce genre des craintes qui s'expliqueraient mal si l'acte à cause de mort était à la portée des chrétiens du temps : Je veux que ma libéralité, dit

(1) St-Père, t. I, p. 63, n° 8 (978). — t. II, p. 488, n° 29 (1101-1129). Dans cette dernière charte le dépouillement des donateurs est si absolu qu'ils prévoient le cas où ils auraient besoin de l'assistance du couvent donateur : Bernardus Escornardus cum uxore sua, despiciens mundum, ex propria hereditate et reddita ejus hereditavit ecclesiam beatissimi Petri et sibi servientes, et proprie ad opus monachorum ecclesie sancti Romani deservientium..... Et hoc donum tali pacto Bernardus Escornardus dedit, quatinus monachi sancti Romani, si necesse fuerit, sibi et uxori darent aliqua necessaria.

l'un d'eux, « ne souffre aucun délai, de peur que la mort, en me surprenant subitement, ne me laisse la responsabilité d'une volonté imparfaite (1) ». Ainsi, il n'y a pas de « volonté parfaite » en dehors des donations entre-vifs. Un legs véritable serait « imparfait », c'est-à-dire sans doute dépourvu d'efficacité juridique.

Ceux qui désirent profiter durant leur vie de leur fortune entière, et n'enrichir de fait l'Église qu'après leur mort, recourent eux aussi à des actes entre-vifs, mais en les modifiant dans des conditions qui, sans en changer la nature, en retardent les effets : nous connaissons les donations sous réserve de jouissance de l'époque franke : l'usage s'en continue, fidèlement prolongé, au cours de la période féodale. On transfère à l'établissement religieux de son choix la propriété des biens qu'on lui destine, c'est-à-dire la possibilité d'étendre un jour sur ce bien sa saisine à titre de propriétaire : mais on ajoute que l'on gardera soi-même la détention et la possession de l'immeuble *in tali tenore ut teneam et possideam* (2) ; les chartes de Cluny, où l'on devine quelques souvenirs romains, donnent volontiers le nom d'usufruit (3) au droit

(1) St-Père, t. I, p. 71, nº 13 (ante 986) : cogitavi et voto meliori statim me obligavi de rebus meis, quas in hoc præsenti sæculo videor possidere, aliquid pro amore et respectu omnipotentis Dei conferre loco Sancti Petri...... absque ulla dilatione, ne, fortuito casu subripiente mortis articulo, reus inveniar hujus imperfectæ voluntatis.

(2) Cluny, nº 119 (910-927), t. I, p. 133 — nº 128 (910-927), t. I, p. 139 — nº 164 (910-927), t. I, p. 161 — nº 413 (933-937), t. I, p. 400 — nº 635 (943), t. I, p. 592. — nº 770 (950), t. I, p. 725 — nº 1121 (962), t. II, p. 212; — nº 1530 (980), t. II, p. 581. — nº 2768 (1022), t. III, p. 789. — nº 2974 (1048-1049), t. IV, p. 170. — nº 3564 (1080), t. IV, p. 702. — nº 3628 (1087), t. IV, p. 796. — Pérard, p. 40 nº 25 (964). — Redon, nº 373 (1037), p. 327. — St-Père, t. I, p. 89, nº 6 (984). Ici le donateur aliène les biens *ea tamen ratione ut, quamdiu ego superstes fuero, in mea maneant dominatione.*

(3) Cluny, nº 116 (910-927), t. I, p. 131 : — nº 491 (938), t. I,

ainsi retenu. Assez souvent, le donateur promet de reconnaître les droits qu'il a transmis au donataire et le caractère précaire de sa propre jouissance, en payant au nouveau maître du bien une redevance annuelle, un cens (1), à titre de *restitura* (2). La situation ainsi établie doit se prolonger pendant la vie de l'auteur de l'acte (3), et parfois aussi pendant la vie de certains tiers (4) qu'il désigne pour prendre son lieu et place. Après la mort de ces bénéficiaires viagers, la personne morale gratifiée use de toutes les prérogatives qui lui ont été virtuellement conférées dès l'origine, mais dont l'exercice était temporairement paralysé entre les mains de ses représentants.

D'autres fois, on recourt à l'institution contractuelle. Le disposant confère au monastère un droit ferme sur la totalité de son patrimoine, tel qu'il se comportera au jour de son décès (5). A l'occasion, l'opération est fortifiée par

p. 476 : — n° 619 (943), t. I, p. 576. — n° 1007 (956), t. II, p. 102. — n° 1520 (980), t. II, p. 569. — n° 2780 (1023), t. III, p. 805.

(1) Cluny, n° 119 (910-927), t. I, p. 134 — n° 770 (950), t. I, p. 725. — n° 3628 (1087), t. IV, p. 796 : Videlicet ea concessione trado, ut dum mihi comes vita fuerit teneam : ita ut omni anno censualiter duorum onus asinorum de vino pro investitura persolvam.

(2) Cluny, n° 116 (910-927), t. I, p. 131. — n° 128 (910-927), t. I, p. 140. — n° 164 (910-927), t. I, p. 161. — n° 413 (933-937), t. I, p. 400. — n° 1121 (962), t. II, p. 212. — n° 1520 (980), t. II, p. 569. — n° 1530 (980), t. II, p. 581. — n° 2780 (1023), t. III, p. 805. — n° 3564 (1080), t. IV, p. 702. — Pérard, p. 93, *in fine*.

(3) Il n'est pas rare que deux époux donateurs réservent la jouissance au profit du survivant des deux : Cluny, n° 116 (910-927), t. I, p. 131 ; — n° 1520 (980), t. II, p. 569.

(4) Cluny, n° 491 (938), t. I, p. 475 : Prefatas namque res, sicuti jam dixi, dono Deo et sanctis ejus apostolis...... ea scilicet ratione ut predicta mater mea, quamdiu vixerit, unam medietatem usufructuario teneat ac possideat ; post discessum vero ejus, cum omni integritate et sine ulla dilatione ad predictum perveniat locum. — Pérard, p. 40, n° 25 (964). — St-Père, t. II, p. 552, n° 46 (1101-1129).

(5) Redon, n° 308 (1066-1075), p. 260 : Notum sit omnibus hanc

la remise immédiate d'une once d'or (1). Elle est souvent effectuée par deux époux codonateurs (2); mais elle suppose toujours l'absence d'héritiers directs (3), ou tout au moins la renonciation à toute fortune propre par le fils devenu moine au couvent institué (4). Lorsqu'on prévoit la survenance possible de nouveaux enfants, on réserve cette éventualité comme une condition dont l'échéance annihilerait l'opération (5) ou en réduirait les effets (6) à la

cartam legentibus quod Helmogareus et uxor sua nomine Bona concesserint Domino Deo Salvatori fidelium, quando acceperunt societatem et fraternitatem cum abbate Almodo et tota congregacione ejusdem Sancti Salvatoris, omnia quæ tunc habebant vel adquisituri erant, sive in mobilibus rebus sive in terris aut vineis necnon pratis atque domibus, et insuper de loco Sancti Salvatoris heredem suum fecerunt de omni sua re post mortem suam. — St-Père, t. II, p. 317, n° 68 (1101-1129) ; — p. 320, n° 72 (1101-1129). *Adde* les textes cités ci-après.

(1) Cluny, n° 3765 (circa 1100), t. V, p. 118. Ego Grimaldus miles... dono Deo et fratribus Cluniaco manentibus, post mortem meam, quicquid jure hereditario possidere videor, tali tenore et convenientia, ut memoriam mei, quoad advixero, in suis orationibus habeant et audito obitu meo ea persolvant michi que persolvenda sunt fratri et amico. Ad presens vero dono eis unciam auri unam.

(2) Redon, n° 308 (1066-1075), p. 260. — St-Père, t. II, p. 311, n° 61 (1101-1129) ; — p. 344, n° 120 (1101-1129).

(3) St-Père, t. II, p. 311, n° 61 (1101-1129) : quidam homo, Galterius nomine, de Marchesvilla, adiit nostram presentiam cum uxore sua, nomine Hadvisa Qui cum essent [sine] prole, Deum et sanctum Petrum omnium bonorum suorum heredem fecerunt ; ita quod quicquid possessionis haberent, post obitum utriusque, totum haberemus... St-Père, t. II, p. 344 ; n° 120 (1101-1129).

(4) St-Père, t. II, p. 429, n° 37 (1130-1150).

(5) St-Père, t. II, p. 284, n° 25. Ego Radulfus de Moneta, si hereditarie sobolis successione in reliquum vite mee, sicut nunc, privor, beatum Petrum, apostolorum principem......, monachosque ejus, exigue mee possessionis, assensu proprie conjugis, heredes instituo.

(6) St-Père, t. II, p. 599, n° 107 (1101-1129). Cette charte est trop caractéristique pour ne pas être citée *in extenso* : *Quod Godefridus de Constantini pago possessionis sue ecclesiam nostram heredem fecit.* Fiat notum quod homo quidam Normannigena de Constantini

mesure du disponible. C'est un retour aux principes de l'affatomie Ripuaire (1).

II

Libéralités in extremis.

Les actes que nous venons de passer en revue indiquent nettement quels ils sont : il n'est pas permis de s'y méprendre. On a besoin d'examiner de plus près les libéralités consenties à l'heure finale par un chrétien qui se sent mourir. Il est tentant d'y voir de véritables legs. et on n'a pas manqué, en effet, d'indiquer les « legs pieux » comme de pratique courante à toutes les phases du Moyen Age (2). Je crois cependant qu'il est impossible d'attribuer le caractère d'acte à cause de mort *stricto sensu* aux dispositions ultimes dont les xe et xie siècles nous ont laissé le souvenir. Oui sans doute, des malades à l'agonie et conscients de leur état délèguent une aumône suprême à une église ou à une abbaye. Pratiquement et économiquement, le résultat équivaut à celui d'un legs, puisque la remise de propriété est concomitante à la mort de celui

pago. Godefridus, nostri particeps effectus beneficii. in nostrum capitulum nobis quicquid de suis rebus posset inveniri post mortem suam donavit. si tamen sine liberis moreretur : quod, si uxorem et liberos haberet, nostra foret pars ea quæ sibi contingeret. Affuit ad hoc cum eo quidam suus compatriota Anquitinus : nobiscum : Odo pistor. Rainaldus. filius Adventii : Gumbaldus. Guaschonus.

(1) Lex Rip. ch. XLVIII. et cap. ajouté en 803, c. 8.

(2) D'Espinay. *Influence du droit canonique*. p. 180 — Glasson. *l. c.*, t. III. p. 176 et sq : t. VII. p. 540 et sq. — Cf. Esmein. *Cours de l'Ecole des Hautes-Etudes*. D'après M. Esmein. le véritable testament ne se maintient qu'au lit de mort. Je crois pouvoir aller plus loin. et démontrer qu'il ne subsiste même pas au lit de mort.

qui dépouille ses héritiers. Mais juridiquement, l'opération est tout autre : elle réunit les caractères d'une donation entre-vifs et n'en présente pas d'autres : *praesens praesenti dat*. Ce point est assez important dans l'histoire des doctrines et des institutions pour mériter qu'on s'y arrête.

Et d'abord, le régime des transmissions de propriété foncière, au Moyen Age, ne pouvait pas s'accommoder du testament tel que nous le comprenons. Il fallait un acte extérieur, matériel et symbolique, pour opérer les mutations d'immeubles : la simple volonté des parties était impuissante à procurer ce résultat (1) ; comment la volonté unilatérale d'un mort aurait-elle été douée d'une pareille vertu ? Sans doute la Rome antique avait admis cette antinomie : mais elle s'expliquait alors par la constitution de la cité et par le caractère législatif du testament primitif. La France coutumière ne connaît pas dans les mêmes conditions l'autorité domestique centralisée et individualisée aux mains d'un *paterfamilias* : elle n'a pas non plus de comices curiates qui élèvent les décisions d'un homme au dessus des règles de la coutume : les libéralités *in extremis* doivent donc subir la loi commune des transferts de droits réels ; il y faut un appareil formaliste, et cela exclut l'idée d'un acte qui ne tirerait sa valeur que d'une volonté toujours libre de se ressaisir, d'un acte qui ne deviendrait définitif qu'à l'instant où la mort aurait rendu pour jamais impossibles les variations de cette volonté souveraine. Parcourons les recueils de documents concrets, et nous y trouverons la justification de ce sentiment.

Comment s'expriment les nombreux textes, chartes ou notices, qui se réfèrent à des libéralités faites en vue de la mort ? Non seulement ils emploient couramment, pour exprimer l'acte du disposant, les mots *dare*, *donare*, *do-*

(1) Glasson, *l. c.*, t. VII, p. 340.

num, *donatio* (1), ce qui ne tire pas à conséquence ; mais on y trouve aussi le verbe *tradere* (2), ce qui est déjà plus significatif. On mentionne en outre avec insistance que l'opération est ferme, *firma* (3) ; celui qui en prend l'initiative, assisté de nombreux témoins, la *confirme* (4) ; ses parents (5), son seigneur (6), en ont connaissance et y consentent. Voilà une série de particularités qui conviennent à merveille à une opération entre-vifs irrévocable, et dont s'accommoderait assez mal un acte à cause de mort. Les présomptions s'accumulent en faveur de notre thèse ; nous arrivons aux preuves qui nous semblent décisives.

Toutes les chartes ne sont pas égalementexplicites ; mais aucune ne contient les éléments d'un véritable legs, et un certain nombre constatent incontestablement des donations. Ainsi la notice de Saint-Père, entre 1090 et 1100 (7), d'après laquelle une mourante laissa au couvent un *don indissoluble*, dont elle fit peu de jours après une *confirmation*

(1) Cluny, n° 127 (910-927), t. I, p. 139 : — n° 160 (910-927), t. I, p. 159. — Redon, n° 386 (1148), p. 344, etc.....

(2) Pérard, p. 177 (1029). — Redon, n° 291 (1081-1113), p. 240 : cum omni sua hereditate et cum propria adquisitione per manus (monachorum) se ipsum Salvatori suo tradidit. — Redon, n° 337 (circa 1108) p. 288 : — n° 360 (1066), p. 311.

(3) Cluny, n° 367 (928), t. I, p. 346. — Pérard, p. 177 (1027) : — p. 177 (1029) ; — p. 227 (1136).

(4) Cluny, n° 367 (928), t. I, p. 346 ; — n° 932 (954-994), t. I, p. 41. — Pérard, p. 177 (1027) : — p. 177 (1029). — St-Père, t. II, p. 313, n° 63 (1090-1100) : — p. 494, n° 37 (1120-1150).

(5) Cluny, n° 367 (923), t. I, p. 346. — St-Père, t. I, p. 219, n° 95 (ante 1078) : — t. II, p. 494, n° 37 (1120-1150) : — p. 596, n° 103 (c. 1150). — Pérard, p. 92. — Redon, n° 320 (c. 1080), p. 272 ; — n° 329 (c. 1100), p. 280 : — n° 370 (1112), p. 324 : — n° 372 (1108-1133) ; p. 326.

(6) Redon, n° 295 (1081-1083), p. 246.

(7) St-Père, t. II, p. 313, n° 63. Voir *supra*, p. 390, note 3.

itérative. Ainsi encore le récit du même Cartulaire (1), qui retrace l'histoire d'un chevalier, déchirant les premières libéralités par lui consenties aux moines, puis ému de repentir à l'article de la mort : « il répare lesdites injustices : il confirme lesdites donations par une concession ferme, du consentement de son fils : tous deux fortifient l'acte par une promesse solennelle ». Le but comme le cérémonial de la scène ne permettent pas d'en méconnaître la portée. Un texte de Bretagne (2) nous montre

(1) T. II, p. 596, n° 103 (c. 1150)..... Sed quia miles prenominatus lubrice mentis erat, resque familiaris minus sufficiens eum vehementer urgebat, cepit hujus facti penitere et retrahere quod dederat, initaque contentione contra monachos, tandem, justicie vigore superatus, cogitur invitus iterum concedere quod dederat. Denique, aliquanto tempore evoluto, cecidit in lectum egritudinis, tandemque ad extrema deductus, vocat Baldricum monachum, qui, cum de salute anime sollicitius sollicitans, et de injuriis quas fecerat ut satisfaceret salubriter ammonuit. Que ille gratanter accipiens, de predictis injuriis satisfecit, prefata dona, annuente Gualterio filio suo, firmiter concedendo confirmavit : uterque, fide interposita, hanc donationem roboravit. Egritudine itaque ejus invalescente, promittens morum viteque conversionem, monachilem habitum petiit et suscepit : et sic in pace, ut credimus, requievit. Ut autem Gauterius, filius ejus, pro facultate sui posse, servet et defendat predictam sui patris largitionem, dantur ei annuatim, in festo sancti Remigii, denarii : ita ut, si iste terminus non solutis nummis preterierit, non erit offensa causationis, sed, cum requisierit, ei presentabuntur. De omnibus commissis que in molendino vel in ipsa terra patrabuntur, in curia sancti Petri ante monachos jus justicie diratiocinabitur. Actum est astantibus, etc...

(2) Redon, n° 360 (1112), p. 323 : Quoniam quecumque scribuntur facilius ad memoriam reducuntur, ad utilitatem tam præsentium quam futurorum placuit describere qualiter Alanus, Hoelli filius, comes totius Britannie et princeps, reminiscens malorum et penitens que in æcclesiam Sancti Salvatoris multociens perpetraverat, nutu Dei et ammonitione Hervei abbatis Sancti Salvatoris, cum apud Rothonum in domo Barbotini graviter infirmabatur, qua tamen convaluit, sed de comitatu postea nullo modo se intromisit, cum consensu et voluntate suorum filiorum, Conani scilicet et Gaufridi, necnon et uxoris suæ Hermengardis et uxoris filii sui Conani, Mahalt, coram multis nobilibus qui ibi presentes aderant, nomina quorum subter scribentur, dedit et con-

le comte Alain, gravement malade, donnant une taille au monastère de Redon : il assure la stabilité de cet acte en défendant à tous ses clients de rien prétendre qui y soit contraire. Dans d'autres circonstances, on prend l'habit monachal pour assurer l'efficacité de ses générosités suprêmes (1); cette vêture *in extremis* n'était certainement pas conditionnelle : l'opération patrimoniale à laquelle elle s'ajoutait était donc, elle aussi, définitive. Nombre de malades, malgré leur santé affaiblie, tiennent à venir en personne jusqu'au monastère (2), et on en voit qui prient les religieux d'apposer le sceau de l'abbaye sur la charte qui consomme l'aliénation (3). Leur est-il impossible de

cessit Sancto Salvatori suisque monachis in perpetuum, pro salute suæ anime ac filiorum et conjugis, necnon pro stabilitate et prosperitate sui regni, libere sicuti ipse possidebat, quandam consuetudinem quam super homines Sancti Salvatoris qui morantur in plebe quæ vocatur Penkerac et in Guerram habebat, quam vulgo tallia nuncupatur, nos incisionem nominamus, tali modo ut nullus suorum heredum nec aliquis suorum sequentium ulterius audeat illam repetere, vel aliquo modo sibi vindicare. Insuper etiam concessit et firmiter imperavit ne aliquis villicus nec prepositus nec etiam aliquis suorum clientum ullo modo sit ausus super hac re aliquid querere nec incisionem, quando erit facta, colligere, sed in arbitrio et potestate abbatis sit, ut quotiescumque comes suos homines inciderit, hoc est, censum a suis exigerit, abbas suos secundum velle suum incidat, et potestative, ut concessum est, colligat et habeat. Hujus rei testes sunt.....

(1) Saint Père, t. I, p. 143, n° 20 (ante 1070) : — t. I, p. 225, n° 103 (ante 1080). — Pérard, p. 227 (1136). — Redon, n° 318 (c. 1075), p. 271 : — n° 337 (c. 1108), p. 288 : — n° 346 (1123), p. 297. — *Adde* le don suprême d'un blessé qui, en achevant son aumône, se donne lui-même aux moines : *et meipsum miserum et peccatorem redemptori meo per manus vestras reddo* (Redon, n° 349, p. 301 : 1136).

(2) Saint Père, t. II, p. 373, n° 172 (1130-1150) : — p. 494, n° 37 (1120-1150) : — Redon, n° 371 (1114-1139), p. 325.

(3) Pérard, p. 227 (1136) : Et ut hæc donatio firma sit in perpetuum, præsentem cartam sigillo nostro, ad petitionem ipsius Milonis fecimus roborari. — En outre cet acte est accompagné de conventions accessoires qui semblent bien avoir été débattues avec les moines et acceptées par eux.

se déplacer ? On satisfait d'autre façon à la rigueur des exigences de forme. Parfois ils font venir les moines à leur chevet (1) : plus ordinairement on nous dit que quelques-uns de leurs parents ont accompli la démarche nécessaire (2), et on ajoute souvent que ces parents ont opéré une remise symbolique sur l'autel du saint à qui s'adressait, par l'intermédiaire du couvent, l'*animus donandi*. La manifestation de volonté initiale n'a donc été que le signal des formalités ultérieures : elle n'a pas suffi à transférer la propriété : il faut de plus une investiture. C'est sans doute pour y pourvoir que les mourants veulent aller eux-mêmes jusqu'à l'abbaye ; c'est dans le même but qu'à leur défaut ils y envoient leurs proches ou que ceux-ci s'y rendent spontanément (3). Nous voyons dans quelques documents l'activité de ces parents s'exercer avant que le moribond n'ait rendu le dernier soupir (4) :

(1) Redon, nº 295 (1081-1083), p. 245 : ... in articulo infirmitatis illius, monachos Sancti Salvatoris, qui erant in æcclesia Sanctæ Mariæ de Culmo, ad se venire fecit et se monachum fieri postulavit, et donum, etc.... — Redon, nº 380 (1095), p. 336 ; — nº 389 (1144), p. 346.

(2) Pérard, p. 177 (1027), voir l'appendice. — Pérard, p. 177 (1029). — Saint Père, t. I, p. 219, nº 95 (ante 1078) ; — p. 232, nº 7 (ante 1081) ; — p. 237, nº 12 (ante 1102) ; — p. 243, nº 18 (ante 1102) ; — t. II, p. 292, nº 35 (1101-1129). — Cluny, nº 1888 (991-992), t. III, p. 118 ; — nº 2514 (c. 1100), t. III, p. 589 ; — nº 341 (1049-1109), t. IV, p. 363 ; — nº 3535 (1079), t. IV, p. 656. — Redon, nº 387 (1148), p. 345.

(3) Certaines chartes nous indiquent expressément que le mourant a donné à ses parents l'ordre de porter son don sur l'autel : les autres ne s'expliquent pas à ce propos. Citons parmi celles de la première catégorie : Saint-Père, t. I, p. 232, nº 7 (ante 1081) : ipse tamen animam intra pectus moribundum retinens, suis fidelibus et conjugi jussit, ut corporis sui glebam ad cœnobium, poliandro fratrum mandandum, deferrent, atque beneficii donum, quod pro se dari devoverat, super altare sancti Petri coram omnibus ponerent. — Saint Père, t. I, p. 237, nº 12 (ante 1102). — Cf. Cluny, nº 2514 (c. 1100), t. III, p. 589. — Redon, nº 387 (1148), p. 345.

(4) Saint Père, t. II, p. 292, nº 35 (1101-1129) ; — Redon, nº 381

ils se comportent alors comme ses représentants. Mais dans la plupart des cas, l'agonisant a fini de mourir quand ils se présentent au couvent. Sa veuve douairière, ses fils, plus largement ses héritiers, devenus maîtres des biens successoraux, agissent en leur nom propre pour achever la libéralité désirée par le *de cujus*. Leur négligence ou leur mauvais vouloir empêcherait l'exécution du fidéicommis dont ils sont chargés (1); aussi cherche-t-on à prévenir et à réprimer leur infidélité ou leur indifférence. L'antique décision d'un concile de Mayence (2), que les recueils canoniques se sont soigneusemsnt transmise, depuis Burchard de Worms, jusqu'à Yve de Chartres, Bernard de Pavie, et Raymond de Pennafort, punissait les héritiers qui n'exécutaient pas les ordres du testateur de la privation de l'émolument total qu'ils auraient dû retirer de la succession. On s'efforçait d'exercer sur eux une pression qui les décidât à réaliser dans le domaine des droits réels les effets que n'avait pu produire l'ultime déclaration d'un moribond.

III

Les exécuteurs aux Xe et XIe siècles.

L'ignorance ou l'exclusion de l'acte à cause de mort

(c. 1110), p. 303. — Voir dans Cluny, n° 738 (949), t. I, p. 694, l'histoire d'une donation projetée par un mourant : il prie sa mère d'aller au monastère pour faire tradition d'une partie de ses biens. La mère tombe malade avant de s'être acquittée de sa mission : elle supplie un de ses fidèles de *courir* au monastère pour réaliser l'aumône de son fils et la sienne propre. Voir *infra* p. 419, note 2.

(1) Nous en avons un exemple dans Redon, n° 295 (1081-1083), p. 245.

(2) X., III, 26, c. 6. Si heredes jussa testatoris non adimpleverint, ab episcopo loci illius omnis res, quæ eis relicta est, canonice interdicatur cum fructibus et ceteris emolumentis, ut vota defuncti adimpleantur

entrainait l'intervention de tiers, pour parfaire les dispositions dont le défunt ne laissait que l'ébauche, l'esquisse, l'indication.

Nous venons d'exposer comment les membres de la famille étaient souvent amenés à jouer ce rôle : il n'était pas moins fréquent que l'on chargeât spécialement de cette mission des personnes de confiance. Nous retrouvons ici les exécuteurs testamentaires, dont nous avons étudié les premières origines dans l'empire Franc, et dont il faut maintenant suivre l'évolution à travers la société féodale.

Un premier examen des chartes, qui n'a pas même besoin d'être approfondi, révèle tout d'abord qu'il convient de distinguer deux périodes : très nombreux au xe siècle, les exécuteurs sont plus rares au xie ; et dans les textes que nous ont laissés les âges suivants, ils n'apparaissent plus que sous des traits profondément modifiés. Bornons présentement notre étude à l'intervalle compris entre 900 et 1100.

Pour cette suite de 200 ans, deux résultats s'accusent sans difficulté. Le premier concerne l'effet de la coopération des exécuteurs ; ils transmettent un droit réel, et assurent au bénéficiaire une position solide sur le bien en cause. L'inspiration de leurs faits et gestes, et pour ainsi dire le ressort de leur activité, s'aperçoit avec une égale aisance : c'est sur l'invitation, la prière ou l'ordre d'un défunt, qu'ils procèdent à ce transfert de propriété.

Plus délicate est l'analyse des procédés par lesquels le but est atteint, conformément à l'intention initiale du disposant. Une comparaison attentive des documents permet cependant d'arriver à une intelligence exacte des textes. La vérité est que les exécuteurs sont loin de répondre toujours à la même conception juridique ; leur personnage

est façonné sur une série de modèles, différenciés par des dissemblances plus ou moins sensibles. Mais il est possible de ramener ces modèles multiples à d'autres plus simples, et finalement deux types essentiels se dégagent, comme représentation généralisée des espèces que présente la réalité.

Sous une première rubrique, se groupent tous les exécuteurs qui se comportent purement et simplement comme des mandataires. S'ils opèrent dans la sphère des droits réels, ils ne sont cependant engagés eux-mêmes que dans des rapports personnels : ils représentent le défunt. D'où l'idée théorique très simple, que quelques chartes expliquent en termes d'une clarté parfaite : l'être qui effectue le transfert de propriété, c'est le défunt. Il fait tradition par l'intermédiaire de ses mandataires ; sa personnalité leur emprunte leur corps, « leurs mains », pour suppléer à son corps et à ses mains inertes (1). En bonne analyse, il faut reconnaître dans un acte ainsi compris un véritable testament : *mortuus viro dat* : c'est la volonté d'un être

(1) Cluny, n° 205 (917), t. I, p. 193. Divina largitate sancitum est ut ex transitoriis rebus mansuram nobis mercedem preparare possimus, et legaliter prestatur, ut quilibet res sui juris vel per se, vel per legatarios possit in alterius transfundere potestatem. Hac igitur sanctione nos elemosinarii Ingelberge comitisse, Vuillelmus videlicet comes, vir ejus, et Rotgerius comes, Teuthardus, Adzso, qui et Arnardus, per auctoritatem jussionis ipsius Ingelbelge, nostrique testimonii quod stat idonee pro fideicommisso, tradimus ad Cluniense monasterium... villam et fiscum Romanis, etc... Has igitur res denominatas... *per manus nostras tradit Ingerberga* Domino Deo et sanctis apostolis ejus, et ad predictum monasterium. — Cluny, n° 1167 (963), t. II, p. 254 ; — n° 1578 (981), t. II, p. 623 : ..... Nos elemosinarii, in Dei nomine, Arluini, senioris nostri, Iterius, archipresbiter, Ermengisius, presbiter, Amblardus, donamus pro anima ejus, sicut ore suo ipse jussit nobis, ecclesiam, etc.... donamus *vice senioris nostri* Arluini, Deo omnipotenti et sanctis apostolis ejus Petro et Paulo, ad locum Cluniacum, tam pro anima ejus quam pro animabus omnium christianorum.

sorti de cette vie qui produit le résultat juridique cherché. Mais les contemporains n'ont pas pris garde à ce phénomène ; ils n'ont pas vu quel principe singulièrement nouveau se glissait dans la coutume, parce que la personnalité des exécuteurs cachait celle du défunt. Le bénéficiaire recevait la propriété des mains d'un vivant ; et s'il y a des chartes qui montrent le droit latent sous ces apparences, qui dévoilent l'action du mort recouverte par celle de ses représentants, la plupart ne soupçonnent même pas la vérité juridique. « Nous donnons : nous transmettons », disent les exécuteurs sans plus d'embarras (1). Mais ils n'ajoutent pas qu'un droit leur ait été personnellement conféré sur l'immeuble : au contraire, ils indiquent qu'ils n'agissent que par l'ordre et pour le compte du mort (2) : ce sont des mandataires, et rien de plus.

Il est évident qu'une telle organisation n'a rien de germanique ; elle procède bien plutôt de conceptions romaines, et en effet la charte qui décrit le mécanisme avec le plus

(1) Cluny, nº 472 (937), t. I, p. 458 (voir l'appendice) ; — nº 706 (947-948), t. I, p. 660 ; — nº 821 (952), t. I, p. 774 : — nº 1110 (961), t. II, p. 202 ; — nº 1157 (963), t. II, p. 246 ; — nº 1627 (983), t. II, p. 664. — Beaulieu, nº 109 (968), p. 162. Ce dernier texte soulève une légère difficulté exégétique. Tandis que les exécuteurs, en indiquant la série des opérations testamentaires, parlent à la première personne du pluriel : *cedimus*, et que la troisième personne du singulier est employée lorsqu'il s'agit du disposant : *ubi ipse l'guo visus fuit manere*, subitement la première personne du singulier apparait dans une incidente dont celui-ci est le sujet : *excepta illa vinea quam S. Rainerio condonavi*. M. Esmein conjecture qu'il y a ici une citation textuelle du testament du défunt ; pour ma part je crois tout simplement à une faute de copie : la forme isolée *condonavi* est un lapsus pour *condonavit*.

(2) Per jussionem ejusdem : Cluny, nº 472 (937), t. I, p. 458. — Ipso nobis jubente : Cluny, nº 821 (952), t. I, p. 775. — Sicut ore suo ipse jussit nobis : Cluny, nº 1578 (981), t. II, p. 623. — Per commendationem suam : Cluny, nº 706 (947-948), t. I, p. 660 ; — nº 1110 (961), t. II, p. 202 ; — nº 1627 (983), t. II, p. 664 ; — Cf. nº 1236 (968), t. II, p. 325.

d'intelligence est toute romaine d'expression (1) : il y est question de *fidéicommis* : les exécuteurs déclarent agir par l'autorité d'une *jussion* de la défunte ; ils se désignent eux-mêmes sous le nom d'*elemosinarii* comme dans le testament de Teubert, ou de *legatarii* comme dans celui de Widerad. S'ensuit-il que nous soyons en présence d'une institution directement issue des pratiques en honneur chez les tabellions de l'Empire ? Faut-il croire à un enchaînement régulier, à un rapport de filiation entre les personnages que nous étudions maintenant et des *prosecutores* tels que l'archidiacre de l'évêque Bertran ? Nous ne sommes nullement en droit de l'affirmer, car à la fin de la période franke et pendant un siècle et demi, on perd la trace, dans les contrées septentrionales, de cette exécution testamentaire qui commençait sous les Mérovingiens à se constituer lentement par l'adjonction successive de fonctions de plus en plus étendues au mandat primitif de pourvoir à l'enregistrement du testament. Au IXe siècle, le débordement universel du flot germanique semble renverser les derniers débris des constructions testamentaires édifiées par les jurisconsultes romains ou romanisants : nous ne retrouvons ensuite qu'une poussière d'idées, à peine perceptible, mais cependant féconde. Au fond de la conscience juridique des praticiens, surtout des moines, sommeillent certains principes antiques, dont l'existence engourdie s'entretient à la lecture de quelques ouvrages de droit romain. Sous l'influence des besoins du temps ou d'études plus ardentes au sein d'une abbaye, ils se réveillent parfois et deviennent actifs : c'en est assez pour expliquer l'apparition du mandat posthume, qui constitue, à l'époque du haut Moyen-Age, une des formes de l'exécution testamentaire.

(1) Cluny, n° 205 (917), t. I, p. 193. Voir *supra*, p. 414, note 1.

L'autre forme se rattache aux précédents germaniques : mais à la suite d'une curieuse décomposition, elle n'a pas tardé à se fondre dans la première. Le Cartulaire de Beaulieu nous la montre encore dans sa netteté primitive (1) : des *elemosinarii* sont investis de la pleine propriété des biens qu'ils doivent transmettre à l'abbaye de Saint-Pierre. S'ils ne prenaient pas la peine de l'annoncer en propres termes, on le devinerait au vu des précautions qu'ils organisent pour assurer la stabilité de la restitution par eux effectuée : ils prévoient la possibilité de contestations ultérieures de la part d'eux-mêmes ou de leurs héritiers, ce qui indique que le bien a passé par leur patrimoine : et ils punissent de la peine du double ces tentatives criminelles, comme ont l'habitude de le faire les

(1) Beaulieu, n° 108 (932), p. 161. Sacrosanctæ ecclesiæ quæ est consecrata in honorem S. Petri Belliloci, vel aliorum multorum sanctorum quorum reliquiæ ibi sunt requiescentes, ubi Johannes abbas præesse videtur. Ego quidem in Dei nomine Rotbertus vetus comes, et Rannulfus et Austorgius, et Rangis, et iterum Austorgius, et Bernardus, et Daniel, et Stevenus, Elengandus, et Bertrandus elemosinarii qui fuerimus Gualdoni defuncto, tractavimus de Dei timore et de anima Galdoni. Propterea cedimus vel condonamus ad ipsam casam Dei jam dictam, villam *nostram* quæ est in urbe Limovicino, in pago Tornense, in vicaria de Torinno, quæ dicitur Damiago, cum mansis et appendiciis, etc.... omnia et ex omnibus quantumcumque ad ipsam villam aspicit *quæ nobis per fide commissum de nomine Galdoni quondam advenit*. Ista omnia superius scripta, cum omni integritate, absque ullo contradicente, ad ipsam casam Dei jam dictam cedimus vel condonamus per hanc cartam, manibus nostris ad ipsam casam Dei jam dictam tradimus, transferimus atque transfundimus, ad habendum et possidendum, ut ipsi monachi Deo servientes et S. Petro omnique tempore possidere faciant. Et si quis, nos ipsi, immutata voluntate nostra, aut ullus de heredibus nostris, aut ulla immissa persona quæ post hanc diem contra hoc testamentum ire aut ullam calumniam generare præsumpserit, aut illud infrangere voluerit, quis fecerit componat ei cui litem intulerit tantum et aliud tantum quantumcumque ulloque tempore ipsæ res melioratæ valuerint, et quod petit nichil valeat vindicare ; sed cessio ista omnique tempore firma permaneat cum stipulatione subnixa. S. etc....

disposants qui donnent en leur nom personnel. Nous avons ici des fiduciaires analogues à ceux que créait la formule de Sens, vers la fin du VIIIe siècle, c'est-à-dire des Salmanns dont les pouvoirs ont été exagérés, pour plus de précision, au contact des milieux romains.

Mais des intermédiaires aussi omnipotents sont rares. Très fréquents, au contraire, sont les exécuteurs institués par la remise du *gage*. Quelquefois l'accomplissement de cette formalité est mentionnée expressément (1): d'ordinaire il y est seulement fait allusion par le nom de *guadiatores* (2) donné aux fiduciaires. On pourrait etre tenté de voir dans ce gage si souvent rappelé l'élément de formation d'un contrat solennel : l'opération n'aurait de conséquences que dans la sphère des droits personnels, et le *guadiator* serait un mandataire institué selon les rites germaniques. Mais que l'on se rappelle les précédents, les salmanns des pays du Nord au IXe siècle, leur droit réel virtuellement parfait, quoique pratiquement restreint, grâce aux modalités flexibles que comporte le régime germanique des biens, et on sera tout naturellement conduit à considérer comme leurs successeurs les *guadiatores* du Xe siècle: on retrouvera dans ceux-ci la nature de ceux-là. Seulement le droit réel des salmanns n'avait en fait que des conséquences de moins en moins sensibles. S'ils étaient fidèles, ils transmettaient immédiatement les biens dont le sort leur était confié: la faculté pour eux d'exercer la saisine restait donc purement théorique, et rien extérieurement ne les distinguait des mandataires qui remplissaient

(1) Cluny, n° 1634 (983), t. II, p. 670. Ego Oddo, *qui suscepi vuadium fratris mei* Vuidaldi, per jussionem ejus et meam bonam voluntatem, dono Deo et sancte Dei genitricis Marie, Petroque et Paulo, et ad locum Cluniacum, aliquid ex rebus nostre proprietatis.

(2) Cluny, n° 1243 (968), t. II, p. 330: — n° 1311 (971-972), t. II, p. 386: — n° 1467 (979), t. II, p. 520: — n° 1503 (979), t. II, p. 554: — n° 2637 (1006), t. III, p. 678.

des fonctions similaires. Dans les deux cas, on voyait, après la mort du disposant, des tiers rendre uniformément propriétaire le couvent gratifié. On conçoit alors que la notion de l'antique droit réel se soit effritée à la longue, et qu'on ait fini par confondre les exécuteurs avec ou sans *wadium*. Dès 963, le nom de *guadiatores* est appliqué à des fiduciaires qui ne sont pas autre chose que des mandataires agissant au nom du défunt (1): et plus on avance dans le temps, plus nous trouvons l'expression employée sans discernement pour désigner des exécuteurs testamentaires quelconques. On aime à se servir de ce vieux mot germanique: mais l'usage germanique qui l'explique étymologiquement est tombé en désuétude : l'idée de mandat suffit à tous les besoins.

Deux textes intéressants du cartulaire de Cluny montrent comment cette façon très simple de concevoir le rôle des fiduciaires s'est glissée même au milieu des formalités barbares. Le plus ancien est une notice de 949 (2). Un

(1) Cluny, n° 1167 (963), t. II, p. 254. Ego igitur, in Dei nomine, Amblardus, *per manus guadiatoriis meis*, his nominibus nuncupatis, Stephano videlicet et filia mea Ediltrude et nepotes meos Beraldo atque Rotgerio, et fideles meos Bernardo et Genesio, cogitavi de Dei misericordia et de redemptione animæ meæ et patris mei et matris meæ et filiis meis et omnium parentum meorum, ut pius et misericors Deus sit de animabus nostris et de penis inferni liberare dignetur. In Christi nomine, dono ego ipse Amblardus ad ipsam casam Dei res meas proprias, etc.....

(2) Cluny, n° 738 (949) : t. I, p. 694. Noticia traditoria qualiter Ingelbertus, filius Raginardi, diebus egritudinis sue, ante mortem, presentibus fidelibus suis Rotgerio et Girbaldo, et reliquis omnibus adstantibus, deprecatus est matrem suam Leotgardem ut quasdam res proprietatis eorum quas pater et mater conquisierant, pro liberatione animarum, beato Petro, apostolorum principi, apud Cluniacum monasterium, condonarent, et in perpetuum habendas confirmarent. Sunt autem pretaxate res site in comitatu Augustidunensi, in villa Colongias, id est terre, campi, prata, silve, aque aquarumve decursus, cum mancipiis utriusque sexus et farinariis. Quod domne Leotgarde

malade à l'article de la mort supplie sa mère de donner au monastère de Cluny quelques-uns de leurs biens héréditaires; la mère y consent; elle promet de se rendre devant l'autel pour procéder à la tradition par le gantelet, et de faire rédiger une charte au profit des moines. Mais elle-même tombe gravement malade avant de s'être acquittée de ses devoirs: elle s'adresse à Hisnard, un de ses fidèles, et le conjure, au nom de Dieu, de courir au monastère avec le gantelet pour donner aux moines son aumône avec celle de son fils. Elle ne tarde pas à mourir. Hisnard va au monastère; là il fait déclaration de la donation, et lui donne la confirmation légale. Il paraît évident ici que la remise du gantelet n'a conféré à Hisnard ni propriété, ni droit analogue; elle n'a pas eu pour but de déterminer sa situation juridique : elle lui assurait simplement le moyen d'exécuter son mandat en lui plaçant entre les mains l'instrument de la tradition qu'il était chargé d'effectuer. Cent ans plus tard (1), un autre *ele-*

placuit, et per andelacum facta traditione, in conspectu altaris, fratribus cartam fieri compromisit. Mortuo vero Ingelberto, citissimam egritudinem, antequam hoc impleret, mater incurrit, atque per Deum obtestata est Hisnardum, fidelum suum, ut cum andelanco ad predictum monasterium curreret, et suam partem et filii sui Ingelberti, secundum quod petierat, fratribus largiretur, et ea velociter defuncta, hisdem Hisnardus quod preceptum fuerat implevit, et veniens cum Floterio, prenominati loci monacho venerabili, in conspectu comitum Ugonis et Gisleberti, eis presentibus, donationem testatus est et legaliter confirmavit.

(1) Cluny, n° 3130 (1049-1109), t. IV, p. 295. Sacrosancto ac venerabili loco in honore Dei et beatorum apostolorum Petri et Pauli dicato Cluniensis monasterii ego igitur, in Dei nomine, Siebaldus, vuadiator et helemosinarius Attoni dono etiam supradictis apostolis pro anima ipsius, *sicut ipse moriens per andelannum delegavit, ut mos est legis salicæ*, aliquid de rebus nostris que in pago Maticensi site videntur, in villa cui dicitur Rufiacus : hoc est vineam et terram que terminatur a mane terra Duranni, a meridie et a certio terra Sancti Petri, a sero via publica. Infra istas terminationes, totum ad integrum dono atque transfundo unam medietatem, pro anima ejus,

mosynarius réalise en faveur des saints apôtres une donation immobilière « selon la délégation que le mourant lui a faite par le gantelet, conformément à la loi Salique. » Il y a lieu de croire que la position du fiduciaire est ici toute pareille à celle que décrivait la notice de 949. La tradition se fait selon la coutume franke ; mais le tiers chargé de l'accomplir est un simple mandataire, identique à ceux qu'ont engendrés les souvenirs laissés par la jurisprudence romaine. Le nom de *gadiator*, dont il est désigné, n'est plus qu'une étiquette vaine : les véritables salmanns ont cessé d'exister en France. Introduits vers la fin du VIIIe siècle et très en faveur au IXe, ils commencent dès le Xe à souffrir une redoutable concurrence, et quand le XIe s'achève, il ne reste plus de leur passage à travers la coutume qu'un mot incompris, dépouillé de sa valeur originelle. Les amateurs d'évolutions prolongées en cycles sans fin se résignent malaisément à ces météores qui s'évanouissent sans laisser même de traînée perceptible ; mais l'observateur exact des faits est bien forcé d'en constater et l'éclat temporaire et la disparition. Ce qui a duré, pour soutenir l'exécution testamentaire, c'est la notion d'un rapport personnel entre le défunt et ses hommes de confiance. Avant de suivre, au XIIe siècle, la persistance de ce concept, il importe de voir comment, vers la même époque, est ressuscité le principe de l'acte *mortis causa*.

et aliam medietatem que mihi jure obvenit pro XII denariis. Si quis autem, quod futurum esse minime credo, ego ipse aut ulla intromissa persona contra hanc donationem seu venditionem aliquam inferre calumpniam voluerit, non valeat quod repetit vendicare, sed coactus potestate juditiaria, cui litem intulit auri uncias quatuor persolvat, et inantea omnique tempore stabilis consistat, stipulatione subnixa. Actum est Cluniaco publice. S. Siebaldi, qui fieri et firmare rogavit.

IV

Renaissance du principe testamentaire.

A parler très strictement, l'idée essentielle du testament a fait sa réapparition du jour où des exécuteurs testamentaires ont réalisé les intentions d'un défunt en incarnant la personnalité de ce mort. Mais nous avons déjà indiqué comment en pareil cas l'audace de la théorie se dérobait sous le formalisme de la pratique. C'était une cérémonie entre-vifs qui assurait un droit réel au gratifié : aliénée par un mort, la propriété était acquise des mains d'un vivant. Pour arriver au testament, il restait donc à admettre la possibilité directe d'une transmissiou de propriété réalisée par la volonté du *de cujus*, indépendamment de toute solennité par elle-même définitive et incommutable. Or le mandat des exécuteurs testamentaires était en la forme trop éloigné d'une pareille conception pour servir de point de départ au mouvement qui devait y conduire. En revanche les donations sous réserve de jouissance ont pris vers la fin du XIe siècle une allure qui tendait à les rapprocher des legs proprement dits. On se dispensait, en effet, d'exprimer la dualité de droits réels établie sur le bien, objet de la libéralité. Sans parler de concession d'une propriété virtuellement parfaite, ni de rétention d'un droit viager, on disait simplement ; je donne pour le temps où je ne serai plus, *dono post mortem meam* (1). On obtenait par ce moyen une succession

(1) Cluny, nº 3366 (c. 1060), t. IV, p. 462 : domum meam..... post decessum meum tradere deliberavi — nº 3521 (1078), t. IV, p. 647 : pratum quoddam juxta rivum, Lansciolatam nomine, situm dono post mortem meam. – Quelquefois du reste le terme est reporté, non seu-

de deux dominations, pareille à celle qui résulte d'un testament : l'une prend de plein droit la place de l'autre, quand disparaît le titulaire de la première. Mais il ne s'ensuit pas qu'on ait admis la révocabilité de l'acte initial : le droit dont l'exercice se trouvait retardé jusqu'au décès du donateur était acquis dès la tradition originelle (1). La chose n'est pas douteuse quand on voit le disposant « parfaire » sa donation par le dépôt sur l'autel soit de la charte, soit d'un objet symbolique (2), ou quand on l'entend promettre le payement annuel d'un cens recognitif d'investiture (3). Nous sommes en présence d'opérations

lement au temps qui suivra la mort du disposant, mais encore au temps qui suivra celle de sa femme et de son fils. Cluny, n° 3361 (c. 1060), t. IV, p. 456 : et post mortem meam et uxori mee et heredibus meis, dono Domino Deo et sanctis ejus apostolis et Petro et Paulo totam hereditatem meam. — N° 3672 (1093?) t. IV, p. 25 : communicato denique cum uxore mea Adaleisa consilio, decrevi ex ejus consensu et militum meorum letabundo assensu, omnium terrarum et honorum, quos ab ipso Deo vel sanctis ejus et non a mortalibus dominis tenebam, post meum et ipsius mee conjugis et filie quam unicam habebamus decessum, Deo et sanctis apostolis ejus Petro et Paulo, et loco Cluniasensi devotam donationem facere, et hec omnia æcclesiæ sanctorum martyrum Gervasii et Prothasii, que juxta supradictum castrum ab antecessoribus meis fundata est, in usus Cluniacensium monachorum ibidem Deo servientium delegare.

(1) Dans le premier des documents cités à la note précédente, lettre adressée par un chanoine de Reims à l'abbé de Cluny, il est indiqué que la tradition elle-même n'aura lieu qu'après la mort du disposant. Des exécuteurs testamentaires seront sans doute chargés d'y pourvoir. Il va de soi qu'en pareil cas l'acquisition du droit réel était différée jusqu'à la date éloignée où devait se consommer la tradition.

(2) Cluny, n° 3672 (1093?), t. V, p. 25..... Quod sicut alacriter decretum, ita est fideliter impletum, uterque, ego videlicet et uxor mea, ad sacrosanctum altare accessimus, et coram multis idoneis testibus hanc delegationem *perfecimus*.

(3) Cluny, n° 3361 (1060), t. IV, p. 455. Notum sit omnibus, tam praesentibus quam et futuris, quia ego Berardus, filius quondam Berardi, habitator in Hiongia castro, dono Domino Deo et sanctis apostolis ejus Petro et Paulo et beate Marie semper Virginis, ad locum e fundo Frontuniaco pendenti, ad monasterio Cluniaco, post

que l'on pourrait assez exactement qualifier d'institutions d'héritier *ex re certa*, et quelques chartes emploient en effet des expressions équivalentes (1).

Cependant, le besoin d'actes révocables commençait à se faire sentir de façon pressante. Les croisades et les longs exodes en Terre-Sainte, dont elles ont donné le signal, en ont accentué la nécessité. Les chevaliers ou les pèlerins, qui entreprenaient le voyage des Saints-Lieux, tenaient à mettre en règle leurs affaires spirituelles et temporelles ; mais ils voulaient aussi se réserver le moyen de rétracter au retour des dispositions prises au départ en prévision d'accidents possibles. On s'ingénia à donner satisfaction à un désir aussi naturel, et de nombreuses chartes procèdent de sentiments de cet ordre. Quelques-unes se réfèrent à un emprunt ou à une mise en gage :

mortem meam : ad presens autem ad Marciaco quicquid tenet Durannus Ruffo, abbas de Savigniaco reddat LX solidos de ecclesia Besoniaco, ad Valgiaco ortum quo tenet Aiminus cum mansione, et pratum quod tenet Martinus, et cortilem quod tenet Arnaldus : in Aliaco medietatem quam ibi habeo ; *et de aliis locis ubicumque videor honorem possidere, dono investituram ut singulis annis usque ad uxoris mee et heredum meorum discessum inde censum persolvam.*

(1) Cluny, n° 3713 (c. 1096), t. V, p. 60. Ego Hugo Burdinus, quia filios carnales qui mihi succedant in hereditate non habeo, filios spiritales mihi eligo. Deumque et beatos apostolos Petrum et Paulum monachosque Cluniacenses, quibus preest pariter et prodest venerabilis abbas domnus Hugo, heredes mihi instituo. Puis l'acte continue sur le ton d'une donation entre-vifs. Mais après la mort du disposant, sa femme amène l'abbé de Cluny à composition : elle gardera le bien donné sa vie durant ; en revanche à sa mort sa fortune personnelle passera à l'abbaye avec l'immeuble dont elle obtient la jouissance. Cette transaction a dû se placer au moment où l'abbé a voulu entrer en possession ; et comme elle n'intervient qu'après la mort du donateur, c'est donc que l'opération initiale était une donation *post obitum*. Tel est bien d'ailleurs le caractère qui convient à un acte dont le but est de mettre le gratifié dans la même situation qu'un fils par le sang. — Saint Père, t. II, p. 593, n° 99 (1108) : perhenni et indissolubili donatione, post mei obitus occasum, heredem instituo.

pour faire face aux frais de son équipement, un seigneur demande une avance de fonds à des moines : il leur remet des immeubles comme garantie du remboursement, en convenant que, s'il ne revient pas de son expédition contre les Sarrazins, les moines garderont, pour se payer de leurs déboursés, la propriété des biens qui leur sont confiés (1). Il n'y a là, en principe, qu'un pacte commissoire de gage ; mais l'opération devait assez souvent se combiner avec une libéralité : les preux qui s'en allaient risquer leur vie en d'héroïques aventures n'hésitaient pas à offrir aux moines de leur pays des terres d'une valeur supérieure au montant des sommes qu'ils en recevaient : telle est du moins l'impression qui se dégage de quelques textes (2). En tout cas, le caractère incertain de pareilles transmissions, toujours susceptibles d'être anéanties par la rentrée du donateur échappé aux Musulmans et à la peste, contribuait à acclimater l'idée de révocabilité dans des milieux jusque-là réfractaires.

Cette idée arrive parfois à se faire jour d'une façon beaucoup plus nette : ainsi, un certain Bernard Veredun (3), en partant pour Jérusalem, laisse à son beau frère et, à sa sœur des biens immobiliers dont il pourra reprendre la moitié, s'il revient, moyennent le payement de quinze

(1) Cluny, n° 3703 (1096), t. V, p. 51. — Savigny, n° 867 (c. 1100), t. I, p. 457.

(2) Voir Savigny, n° 867 (c. 1100), t. I, p. 457. L'emprunteur qualifie lui-même l'acte de *donatio*.

(3) Cluny, n° 3755 (c. 1100), t. V, p. 108. In nomine Domini nostri Jesu Christi. Bernardus Veredunus, commotus exemplo volentium salvare animas suas, proficiscens Jherusalem relinquit honorem suum de Varingis et domum suam de Cluniaco, cum omni supelleptile domus et ortum qui adheret domui, Teobaudio sororio suo et Girberge sorori sue, tali condicione, ut, si redierit, parcientur per equas partes et reddiderit quindecim solidos Teobaudo. Si vero obierit, Teobodus et uxor ejus habeant omnia in pace. Concedentibus, etc.

sous. Nombreuses sont les donations faites à des couvents à l'occasion de voyages analogues, mais subordonnées à la condition que le disposant mourra en route : *dono... si obiero* (1). Et lorsque, entre temps, les moines vendent le bien, ils ont soin de se ménager une faculté de rachat, qui leur permette, le cas échéant, de s'acquitter de leur devoir de restitution vis-à-vis de l'aliénateur primitif (2). Un document de Saint-Père, de 1117, nous apprend à quel point, par ces procédés détournés et embarrassés, on pouvait se rapprocher des legs (3). Un chanoine du nom de Payen fait don aux moines de la moitié de sa fortune ; mais cette libéralité ne doit devenir incommutable que si le disposant meurt dans l'année, ou que s'il ne

(1) Saint-Père, t. II, p. 285, nº 26 (1101-1129) ; — p. 363, nº 149. Cette dernière notice se place entre 1131 et 1141 ; mais elle raconte la série des faits qui ont suivi la donation ; celle-ci remonte donc à une date antérieure. — Cf. Cluny, nº 3712 (c. 1096), t. V, p. 59 : la propriété est donnée irrémédiablement, la jouissance sous condition.

(2) Saint-Père, t. II, p. 342, nº 115 (c. 1116) : Tali conditione vendidimus domum Hagani de Porta Morardi, que erat nostra, Eremberto, ut, si filius Hagani venerit ab Jerusolimis, volueritque domum habere, reddamus Eremberto XX solidos, reverteturque ad nos domus ; ipse vero filius Hagani reddet nobis quicquid constiterit nobis domus.

(3) Saint-Père, t. II, p. 310, nº 59 (1117). Secundo episcopatus anno Gaufridi de Leugis, XII Kalendas novembris, veni ego Paganus, filius Dominici, canonicus sancti Martini, in capitulum sancti Petri, ibique, pro anime mee salute, dedi sancto Petro et monachis inibi Deo servientibus, inter eos et sanctum Leobinum, medietatem omnium que habebam sive in mobili sive in vineis sive in alia qualibet substantia... Dedi autem hoc modo : si in hoc anno, id est a XII Kalendas novembris usque ad annum, mortuus fuero, sive in hac villa sive ubicumque sim, habebunt, sicut divisi, omnium rerum mearum post mortem meam, medietatem. Item, si in hoc eodem anno in aliquam viam porrexero unde ulterius non rediam, ex quo certi de morte mea fuerint, ut similiter habeant concedo. Si vero de ipsa via rediero, vel etiam si, Carnotum manens, per totum hunc annum mortuus non fuero, potero de rebus meis facere quod voluero, sicut, priusquam hoc donum eis fecissem, poteram.

revient pas d'un voyage entrepris dans le même délai. Au cas où il survivrait soit à l'expiration de l'année, soit à l'achèvement de son voyage, « il pourrait faire de sa fortune l'usage qu'il lui plairait, comme si le premier don n'avait pas eu lieu ». Le voyage en question était-il le pèlerinage de Jérusalem ? Nous n'en savons rien, et peu importe. Ce qu'il est intéressant de constater, c'est que nous sommes en présence d'une donation *mortis causa* bien caractérisée : elle n'acquiert sa perfection qu'à la mort de son auteur. Il suffirait, pour en faire un legs, de différer jusqu'à ce moment l'apparition d'un droit quelconque au profit du monastère. Ce n'est plus qu'un pas à franchir : il l'est déjà dans la région bourguignonne, qui se distingue, comme nous avons eu occasion de le remarquer, par une permanence latente de profonds souvenirs romains, et par un empressement spontané à renouer les traditions anciennes. Le cartulaire de Cluny contient, aux environs de l'an 1100, un document (1) qui constitue un

(1) Cluny, n° 3757 (c. 1100), t. V, p. 109... Damus Marciniaco quicquid habeo apud Charentay et mansum scole, duas archas que sunt apud Naiverias et annonam que intus est, et annonam quam habeo in Altojugo. Item Cluniaco damus molendinum de Ponte et appenditium ejus, tres scilicet curtilos, ea conditione ut dies anniversarii mei in memoria habeant, et eadem die conventus Cluniacensis plenarie procuretur pane et vino et piscibus. Item Sancto Nicetio damus unam peciam terre et parum prati apud villam que dicitur Regniacus. Item Sancte Marie de Bellojoco damus duas vercherias apud Chirolas. Item Sanctis martiribus Victori et Corone de Altojugo concedimus curtilum quem tenet Amicus de Marciliaco : hunc curtilum dederat Hugo maritus meus prius, ut inde subtalares emerent fratribus qui Deo servirent in Altojugo. Item triginta sextarios annone damus sacriste Cluniacensi que est ad Sanctum Nicetium. Item rogamus etiam dominos et amicos nostros, ut quicquid post obitum meum de meo in quacunque re mobili poterit inveniri, preter ea que ego divisi, omnia pro anima mea distribuantur vel ecclesiis vel presbiteris vel pauperibus. Molendinum quod damus Cluniaco, cum appendiciis ejus, hos redditus XII sextarios annone, II solidos sive unum porcum, III

véritable testament. L'auteur de l'acte (c'est une femme). répartit ses biens entre une série d'établissements religieux différents, et elle conclut ainsi : « Nous prions également nos supérieurs et nos amis de distribuer, pour le salut de mon âme, aux églises, aux prêtres. aux pauvres, tout ce que l'on trouvera à mon décès de meubles m'appartenant, à l'exception de ceux dont j'ai moi-même déterminé l'attribution ». Le nombre des intéressés empêche de voir dans cette pièce une charte transférant entre-vifs un droit réel aux gratifiés qu'elle énumère : c'est bien l'acte ne prenant valeur juridique que par la mort de la personne dont il émane. Nous pouvons dire que dès lors le testament a pris sa place parmi les institutions de notre droit coutumier.

Le texte précédent en effet ne reste pas isolé, et l'exemple donné à Cluny est suivi dans d'autres régions (1). Ces efforts sans doute restent discrets et timides : nous avons signalé pour le début du XII[e] siècle quantité de chartes d'une technique hésitante, qui essaient de se donner les traits d'un acte *mortis causa*, mais s'arrêtent à mi-ressemblance; d'autres parlent une langue imprécise qui empêche d'en déterminer exacte-

eminas vini. V panes magnos, duo fiunt de uno cartallo et VI nummos. Tres curtilli pertinent ad molendinum : unus curtillus debet VI nummos et IV cupas frumenti et tres pullos : et alter tantumdem ; tercius, X nummos et IIII cupas frumenti et tres pullos.

(1) St-Père. t. II, p. 370, n° 158 (1129-1150) : Donavit autem tam liberam et quietam eandem terram, quam libere et quiete et emerat eam cum prefato viro suo et post mortem etiam ipsius possederat, quamque idem vir suus, *cum res suas divideret sub testamento moriturus*, eidem uxori sue sequestraverat in partem. Il semble bien que cette *divisio* ait été faite au moyen d'un véritable testament. — Cluny, n° 4149 (c. 1150), t. V, p. 510.

ment la nature juridique (1). Il n'en est pas moins vrai que le principe est introduit, et qu'il fait son chemin.

Les circonstances étaient particulièrement favorables à ses progrès. Son apparition coïncidait avec l'attribution aux cours d'Eglise des procès concernant l'aumône des défunts. C'est dans le premier tiers du XIIe siècle que les deux phénomènes prennent une sérieuse consistance. Or les canonistes étaient imbus des traditions romaines. Yve de Chartres emprunte au droit de Justinien quelques dispositions qui parlent sans ambages de testaments, de legs, de fidéicommis (2). *A fortiori* Gratien, qui sans doute écrivait à Bologne, connaissait-il les véritables actes à cause de mort (3). Et les décisions pontificales qui, successivement collationnées et compilées dans la seconde moitié du XIIe siècle, ont fini par former le titre XXVI, livre III, des Décrétales de Grégoire IX, supposent constamment l'existence du testament au sens classique du terme. Elles admettent l'institution d'héritier (4), et ne se présentent que sous l'apparence de dérogations aux règles Justiniennes, considérées comme droit commun et fondement de la législation testamentaire (5). On comprend alors quel fut l'effet sur la pratique de cette influence canonique : les prêtres engageaient les malades à

(1) St-Père, t. II, p. 425, n° 31 (1101-1129) ; — p. 397, n° 104 (1101-1129). — Cluny, n° 4140 (1149), t. V, p. 485. — Beaulieu, n° 116, p. 169.

(2) *Decretum*. Pars. XVI, c. 115 (éd. de 1647, p. 432), c. 116 (p. 432) ; c. 188 (p. 439).

(3) Pars II, causa XII, questio 5 ; — causa XIII, questio II, c. 5 et 11.

(4) X, III, 26, c. 181 : Raynaldus Peponis filius, heres ab ipso institutus hoc modo, ut, etc...

(5) M. Esmein note à ce propos le principe général posé aux *Décrétales*, V, 32, c. 1 :..... Sicut humanae leges non dedignantur sacros canones imitari, ita et sacrorum statuta canonum priorum principum constitutionibus adjuvantur. — Cf. X, III, 26, c. 5, 10 et 11.

tester selon le procédé qui ralliait leurs préférences à raison de son origine romaine, et dont les juges d'Église ne manquaient pas de proclamer la parfaite validité. Aussi les actes à cause de mort *stricto sensu* se multiplient-ils à partir du milieu du XIIe siècle (1); l'emploi de ce mode de disposer est régulier, normal; il n'étonne plus personne. Tandis que les riches rédigent de longs testaments pour régler le sort de leur vaste fortune, les pauvres pourvoient par un modeste legs pieux au salut éternel de leur âme; et l'on se plait quelquefois à rappeler par une mention précise le caractère toujours révocable de pareils actes (2).

(1) Cluny, n° 4205 (1161-1172), § XII, XIII, XIV ; t. V, p. 550 et 551 ; — n° 4260 (1177-1179), t. V, p. 613 — Testament de Philippe-Auguste de 1190 (*Ordonnances*, t. I, p. 18) : — Certificat testamentaire de 1209 (*Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques*, 1884, p. 234 n° 7). — Cart. de N D., t. II, p. 162, n° 22 (1221). — Testament de Philippe-Auguste de 1222 (voir l'Appendice). — Testament de Girard de Vinneuf (1225), *Bulletin*, 1884, p. 236 n° 9. — Testament de Louis VIII (1225) ; *Layettes*, n° 1710, t. II, p. 54. — Testament de Hugues de Vaudémont (1235) ; *Histoire de Lorraine*, t. II, preuves, col. 448. — Cart. de N D. t. I, p. 419, n° 5 (1235). — Testament de Mile de Trémont (1236) ; *Bulletin*, 1884, p. 237, n° 10. — *Layettes*, n° 2704 (1238), t. II, p. 374.

(2) Testament de Philippe-Auguste de 1222 (voir l'Appendice). — Testament de Hugues de Vaudémont (1235), col. 449 : Dispono etiam et constituo et volo quod divisiones sive partes istæ supradictæ firmiter perpetuo teneantur : ita quod per me, nec per alios, nec per litteras aliquas alias quassari possunt, nisi litteræ illæ roboratæ essent sigillo meo et sigillo domini Comitis Barrensis supradicti. — Cart. de N. D. t. I, p. 431, n° 20 (1237) : De mobilibus autem omnibus eorumdem ordinaverunt ipsi Emelina et Benedictus, coram nobis, quod ipsa mobilia, post obitum ipsorum, pauperibus distribuantur, et, quantum ad hec, alter ipsorum alterum constituit executorem, coram nobis : salvo sibi jure mutandi et corrigendi, si voluerint et sibi viderint expedire.

V

Les exécuteurs après le XI[e] siècle.

Les exécuteurs testamentaires devaient s'adapter sans peine à l'acte *mortis causa* ressuscité, puisque l'acte *mortis causa* n'était que l'affirmation du principe caché dans l'institution des exécuteurs testamentaires, telle qu'on la concevait aux environs de l'an 1100. On ne songea d'abord à modifier en rien le règlement de l'hypothèse où les hommes de confiance du défunt sont chargés de répartir l'aumône de celui-ci entre des bénéficiaires qu'il n'a pas déterminés : les exécuteurs continuent d'apparaître au premier plan et de masquer la personnalité du mort ; désignés par eux, les gratifiés reçoivent de leur ministère la propriété des objets qu'ils distribuent (1). Pour le cas, au contraire, où les fiduciaires ont mission d'assurer la transmission d'un bien à une personne physique ou morale nommément indiquée, on aperçoit vers 1150 un changement de théorie (2) : ce n'est plus l'acte de l'exécuteur qui opérera le transfert de droit réel, c'est la volonté du testateur. L'activité de son fiduciaire s'exercera sur le terrain du fait plutôt que sur celui du droit ; il aura pour rôle de mettre le légataire à même d'user effectivement des prérogatives d'une propriété déjà fixée sur sa tête.

Il était logique d'aller plus loin encore. S'il est admis que les intentions d'un mort sont capables de produire des résultats juridiques, les testateurs doivent être auto-

(1) Saint-Père, t. II, p. 278, n° 20 (1110-1116). Voir *supra*, p. 393, note 1.

(2) Cluny, n° 4149 (1150), t. V, p. 510 (voir l'appendice).

par une mainmise effective sur certains éléments du patrimoine successoral : il prenait contact avec les biens qu'il était chargé de vendre ; il maniait les deniers qu'il devait remettre aux légataires. Mais on ne voyait dans ces faits que la conséquence de sa situation de mandataire, nullement l'exercice d'un pouvoir propre de domination. Les circonstances dont les doctrinaires déduisirent la notion de la saisine des exécuteurs étaient déjà effectivement réunies : la théorie elle-même n'était pas encore élaborée, et nous n'en trouvons trace dans aucun des ouvrages contemporains (1).

Par contre, les obligations des fiduciaires des morts étaient énergiquement sanctionnées. L'autorité ecclésiastique n'avait cessé d'exhorter, et au besoin de contraindre les héritiers à acquitter les legs laissés par leur auteur (2); les mêmes mesures de coercition furent tout naturellement appliquées aux exécuteurs. Grégoire IX (3) proclame le droit pour les évêques de veiller à l'exact accomplissement des « volontés pieuses » des défunts, malgré toute clause contraire des testaments ; il leur recommande d'avertir les exécuteurs qu'ils aient à faire des biens qu'on

(1) Pas même dans les auteurs anglais, et cependant c'est en Angleterre que l'institution des exécuteurs testamentaires devait prendre le développement le plus considérable. Ni Glanville, ni Bracton, ne parlent d'une saisine qui leur serait attribuée (Cf. Pollock et Maitland, *l. c.*, t. II, p. 342 et 343).

(2) Gratien, Pars II, Causa XIII, quæstio II, c. 4, 9, 10, 11.

(3) X, III, 26, c. 17. Tua nobis fraternitas intimavit, quod nonnulli, tam religiosi quam clerici sæculares et laici, pecuniam et alia bona, quæ per manus eorum ex testamentis decedentium debent in usus pios expendi, non dubitant aliis usibus applicare. Quum igitur in omnibus piis voluntatibus sit per locorum episcopos providendum, ut secundum defuncti voluntatem universa procedant, licet etiam a testatoribus id contingeret interdici : mandamus quatenus exsecutores testamentorum hujusmodi, ut bona ipsa fideliter et plenarie in usus prædictos expendant, monitione præmissa compellas.

ce commettant. C'est le testament qui investit le fiduciaire de ses pouvoirs et qui le charge de ses devoirs. L'institution gagnait à cette organisation une souplesse plus commode : quelque peu délaissée antérieurement, elle jouit dès lors d'un renouveau de popularité : les testaments du début du XIII[e] siècle ne manquent pas de confier à un certain nombre d'hommes sûrs le soin d'accomplir les dispositions ordonnées par le *de cujus* pour le salut de son âme (1).

Le droit canonique consacre officiellement la pratique courante, et une décrétale d'Innocent III (2) valide, malgré les prescriptions contraires du droit romain (3), l'acte du mourant « qui remet ses volontés dernières à la discrétion d'un tiers ». Quelques années après, Grégoire IX déclarait que l'exécuteur, lorsqu'il avait accepté le mandat à lui offert, était rigoureusement tenu d'acquitter l'obligation à laquelle il s'était soumis (4).

Il importe de remarquer que tous ces textes se meuvent dans la pure sphère des droits personnels : aucun droit réel n'était attribué à l'exécuteur testamentaire. Sans doute, en bien des cas, son intervention se traduisait

(1) Testament de Philippe-Auguste de 1222 (Appendice). — Testament de Girard de Vinneuf (1225) ; *Bulletin*, 1884, p. 236, n° 9 : — Testament de Louis VIII (1225) ; *Layettes*, n° 1710, t. II, p. 54. — Cart. de N. D. t. I. p. 419, n° 5 (1235). — Testament de Mlle de Trémont (1236) ; *Bulletin*, 1884, p. 237, n° 10. — *Layettes*, n° 2704 (1238) t. II, p. 374.

(2) X. III, 26, c. 13 (1202)..... In secunda vero quæstione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit non videtur decedere intestatus.

(3) D. XXVIII, 5, fr. 32, pr. — Cf. h. t. fr. 69, et XXXI, fr. 1.

(4) X. III, 26, c. 19. Joannes clericus et P. laicus, exsecutores ultimæ voluntatis O. clerici S. Crucis, qui venerabilibus et piis locis de bonis suis in ultima voluntate legavit, mandans insuper, satisfieri creditoribus per eosdem, post mandatum susceptum per diœcesanum cogi debent testatoris explere ultimam voluntatem.

par une mainmise effective sur certains éléments du patrimoine successoral : il prenait contact avec les biens qu'il était chargé de vendre ; il maniait les deniers qu'il devait remettre aux légataires. Mais on ne voyait dans ces faits que la conséquence de sa situation de mandataire, nullement l'exercice d'un pouvoir propre de domination. Les circonstances dont les doctrinaires déduisirent la notion de la saisine des exécuteurs étaient déjà effectivement réunies : la théorie elle-même n'était pas encore élaborée, et nous n'en trouvons trace dans aucun des ouvrages contemporains (1).

Par contre, les obligations des fiduciaires des morts étaient énergiquement sanctionnées. L'autorité ecclésiastique n'avait cessé d'exhorter, et au besoin de contraindre les héritiers à acquitter les legs laissés par leur auteur (2); les mêmes mesures de coercition furent tout naturellement appliquées aux exécuteurs. Grégoire IX (3) proclame le droit pour les évêques de veiller à l'exact accomplissement des « volontés pieuses » des défunts, malgré toute clause contraire des testaments ; il leur recommande d'avertir les exécuteurs qu'ils aient à faire des biens qu'on

(1) Pas même dans les auteurs anglais, et cependant c'est en Angleterre que l'institution des exécuteurs testamentaires devait prendre le développement le plus considérable. Ni Glanville, ni Bracton, ne parlent d'une saisine qui leur serait attribuée (Cf. Pollock et Maitland, *l. c.*, t. II, p. 342 et 343).

(2) Gratien. Pars II, Causa XIII, quæstio II, c. 4, 9, 10, 11.

(3) X. III. 26, c. 17. Tua nobis fraternitas intimavit, quod nonnulli, tam religiosi quam clerici sæculares et laici, pecuniam et alia bona, quæ per manus eorum ex testamentis decedentium debent in usus pios expendi, non dubitant aliis usibus applicare. Quum igitur in omnibus piis voluntatibus sit per locorum episcopos providendum, ut secundum defuncti voluntatem universa procedant, licet etiam a testatoribus id contingeret interdici : mandamus quatenus exsecutores testamentorum hujusmodi, ut bona ipsa fideliter et plenarie in usus prædictos expendant, monitione præmissa compellas.

leur confie l'exact emploi réglé par le *de cujus*. En 1236, un concile réuni à Tours (1) insiste dans le même sens : il défend en outre aux exécuteurs de se payer eux-mêmes de leurs créances contre la succession, à peine de perdre leurs propres actions s'ils ne consentaient pas à une restitution intégrale.

Il y a plus, et deux textes du *Corpus juris Canonici* incitent les évêques à s'immiscer directement dans l'administration des successions. C'est d'abord l'antique canon que nous avons eu déjà l'occasion de citer à un autre point de vue (2), et qui prescrit d'interdire aux héritiers négligents la jouissance des biens successoraux, pour les forcer de déférer aux désirs ultimes de leur auteur : le soin d'appliquer cette sanction incombe à « l'évêque du lieu ». C'est en second lieu une Décrétale de Grégoire IX (3),

(1) C. 7 ; Labbe, t. XI, col. 501..... Injungimus autem episcopis, archidiaconis, et aliis jurisdictionem episcopalem habentibus, ut si executores testamentorum in exequenda decedentium voluntate invenerint negligentes, voluntatem ipsorum fideli executioni demandent, quibus sub interminatione judicii firmiter inhibemus, ne quicquam de bonis decedentium in proprios usus convertere, vel etiam retinere præsumant : statuentes ut si executores aliquid, quod sibi deberi asserunt, propria auctoritate duxerint usurpandum, id restituere compellantur ; actione, si qua eisdem pro eodem debito competierit, sint hac sua temeritate privati, nisi id restituerint, ex quo super hoc moniti fuerint competenter.

(2) X. III, 26, c. 6. Voir *Supra*, p. 412, note 2.

(3) X. III, 26, c. 3. Pervenit ad nos, S. de hac luce migrantem supremæ voluntatis elogio monasterium præcepisse fundari, cujus desiderium a T. religiosa femina ejus herede protrahitur. Quamobrem te hortamur, ut eam commoneas, quatenus infra annum monasterium, quod jussum est, debeat ordinare, et cuncta secundum voluntatem defuncti sine altercatione construere. Quod si infra prædictum tempus aliqua perficere negligentia vel calliditate distulerit, ut sive in loco eo, quo constitutum fuerat, seu certe, si ibi non potest, et alibi placet ordinari, tecum implere neglexerit, tunc per te ædificetur, et omnia per te loco ipsi venerabili sine diminutione qualibet assignentur. Sic enim et ante tremendum judicem tuum sententiam remissionis

intervenue à propos des résistances d'une héritière, qui ne se résignait pas à fonder le monastère qu'avait ordonné le défunt. « Ayez soin de l'avertir, écrit le pape à l'évêque compétent, qu'elle se mette en règle dans le délai d'un an... Si elle ne se soumet pas à cette mise en demeure, occupez-vous vous-même des constructions, et attribuez vous-même au nouvel établissement tout ce qui lui revient. » Le pape termine en évoquant le souvenir des « très saintes constitutions de Justinien », d'après lesquelles « le zèle de l'évêque doit pourvoir à l'accomplissement des pieuses volontés des morts. » Ainsi l'évêque, quand c'est nécessaire, exerce de plein droit les fonctions exécutives : il est l'exécuteur légal des testaments en souffrance. Les canonistes postérieurs élaboreront une théorie complète de cette magistrature, dont nous venons d'analyser les textes organiques.

VI

Fondations d'anniversaires et règlements de sépulture.

Le succès de l'acte à cause de mort fit battre en retraite la multitude des expédients imaginés pour en tenir lieu. Mais il faut bien se garder de croire à un triomphe parfait d'une part et à une déroute irrémissible de l'autre côté. Si les donations sous réserve de jouissance, si les institutions contractuelles deviennent plus rares, il en reste cependant quelques exemples (1), et les opérations

effugies, et secundum piissimas leges dilatas defunctorum pias voluntates episcopali decens est studio adimpleri.

(1) Institution contractuelle : Acte de 1239 ou 1240 ; *Bulletin*, 1884, p. 240, n° 12. — Donation sous réserve de jouissance : Cart. de N. D., t. I, p. 431, n° 20 (1237).

entre-vifs apparaissent fréquemment en des hypothèses où l'on pourrait s'attendre à rencontrer un testament (1). La générosité française, prompte au sacrifice, n'est pas étrangère à ce phénomène. Il trouve aussi son explication dans une tendance juridique, fortifiée par des traditions séculaires, qui tenait les populations francisées en défiance d'actes individuels, soustraits au contrôle de la famille, et prolongeant au delà du tombeau l'énergie officielle de l'homme.

Quand les fidèles veulent assurer à leur âme des prières et des messes, c'est généralement au moyen de contrats qu'ils donnent satisfaction à ce désir. On ne compte plus les chartes qui, en attribuant à une église ou à un couvent certains avantages pécuniaires, imposent en retour aux moines ou aux prêtres l'obligation de célébrer l'anniversaire du donateur (2). Parfois sans doute la chose est exprimée dans un testament (3); mais très fréquemment le disposant tient à lier d'avance par un engagement précis les clercs dont il attend l'allègement des souffrances que lui réserve le purgatoire ; il semble craindre que leur trop courte reconnaissance n'ait trop vite supprimé son sou-

(1) Voir Pérard, p. 114 (1145); p. 243 (1170). – Cart. de N. D., t. I. p. 21, nº 10 (1206). — Charte de la Comtesse Mathilde de 1195; *Histoire de Lorraine*, t. II, preuves, col. 407. — Saint-Père, t. II, p. 396, nº 183 (1151-1171).

(2) Voir par exemple :

St-Père, t. I, p. 65, nº 8 (978). — T. II, p. 666, nº 67 (1199). — Cluny, nº 4339 (1189), t. V, p. 704. — Certificat de 1209 (*Bulletin*, 1884, p. 234, nº 7). — Le cartulaire de N. D. est particulièrement riche en actes de ce genre : voir : t. I, p. 294, nº 8 (1189). — T. I, p. 347, nº 38 (1211). — T. II, p. 162, nº 22 (1221). — T. I, p. 431, nº 20 (1237). — Un curieux document de saint Bertin, p. 329, nº 9 (1162-1163) nous montre un abbé ordonnançant impérativement la célébration de son anniversaire, *annuente et confirmante capitulo*.

(3) Testament de Louis VIII (1225) : *Layettes*, nº 1710, t. II, p. 54. Legs de sommes d'argent à de nombreux monastères, à charge de célébrer l'anniversaire du roi.

venir de leurs oraisons libératrices. Je trouve la trace de ces appréhensions même dans un document émané d'un de nos rois. Philippe-Auguste, en vertu de son testament de 1222 (1), laisse par un legs proprement dit tous les bijoux de son trésor aux moines de Saint-Denis, à condition que vingt d'entre eux célèbrent quotidiennement l'office divin à son intention. Or il recommande à ses héritiers de se faire délivrer par l'abbé et le chapitre une charte qui constitue contre eux un titre perpétuel. Le prince ne se sent en sécurité que s'il peut compter sur cette promesse entre-vifs.

Le choix d'une sépulture occupe également une place notable parmi les soucis des chrétiens qui songent à la mort. Il est en effet de principe que chacun peut déterminer le lieu où il veut être enterré (2), sous réserve des prescriptions canoniques que l'on pourrait appeler d'ordre public (3). L'exercice de ce droit est fréquent ; il se manifeste en général sous la forme d'une prière adressée à l'établissement pieux à qui le suppliant entend confier sa dépouille mortelle. Cette requête accompagne une libéralité entre-vifs ou à cause de mort, qui apparaît comme la compensation du service demandé aux moines ou aux chanoines (4). Il est parfois indiqué que ceux-ci ont ac-

(1) Voir l'appendice.

(2) X. III, 28, c. 1, 6, 7.

(3) Voir Gratien. Pars II. Causa XIII. quæstio II; — X. III, 28.

(4) Redon, n° 292 (1008-1026), p. 241 : apposita altari Salvatoris tabula argentea eleganter deaurata, commendavit semetipsum et omnia sua orationibus fratrum peciitque ab eis corpus suum, dum vita excederet, et heredum suorum, sicut mos erat Britannie nobilium, in eodem loco sepeliri. — Redon, n° 360 (1066), p. 311 : societatem et locum sepulture requirens ab abbate Almodo et a fratribus rotonensibus, tradidit eis partem sibi divisam atque semotam, quæ sibi jure hereditario congruebat a patribus et fratribus. — Pérard, p. 177 (1027) ; à l'appendice. — Cluny, n° 127 (910-927), t. I, p. 139 ; -- n° 160

cédé au désir du donateur ; on note la promesse faite par eux de l'enterrer selon ses vœux (1). Nos pères mouraient plus tranquilles quand il savaient qu'un prêtre offrirait à date fixe le sacrifice divin pour le secours de leur âme, tandis que leur corps attendrait dans un asile de paix la résurrection du dernier jour.

(910-927), t. I, p. 159 ; — n° 3712 (1096), t. V, p. 59. — Certificat de 1209 : *Bulletin*, 1884, p. 234, n° 7. — Testament de Philippe-Auguste de 1222.

(1) Saint-Père, t. II, p. 287, n° 29 : ... monachi, cum ego vel uxor mea obiero, solito sepulture officio me tumulare, utpote filium ecclesie sue, decreverunt. — Cart. de N. D., t. I, p. 434, n° 20. Capitulum vero eisdem Emeline et Benedicto humiliter et pro Deo petentibus et eligentibus sibi sepulturam ad caput ecclesie Beate Marie Parisiensis, in via per quam itur a claustro ad ecclesiam Beati Dyonisii de Passu, concessit.

CHAPITRE III

FORMES DES TESTAMENTS

Les actes entre-vifs, qui, aux x[e] et xi[e] siècles, remplaçaient le testament impratiqué, se réalisaient, nous l'avons vu, au moyen de procédés variés : déclaration au chapitre du couvent donataire (1), rédaction d'un écrit (2), tradition par la charte (3), dépôt du « don » sur l'autel (4), etc... (5). Il ne rentre pas dans le cadre de cette étude de déterminer la sphère d'application ou la portée de ces solennités diverses. Sans doute, nous avons dû préciser aussi exactement que possible la nature juridique d'opérations qui en fait équivalaient plus ou moins complètement à des libéralités posthumes ; il le fallait pour dissiper les équivoques et expliquer la réapparition de

(1) Saint-Père, t. II, p. 317, n° 68 (1101-1129) : — p. 320, n° 72 (1101-1129) : — p. 343, n° 117 (1101-1129) : — p. 599, n° 107 (1101-1129).

(2) Cluny, n° 119 (910-927), t. I, p. 133 : — n° 367 (928), t. I, p. 345 : — n° 1004 (956), t. II, p. 98 : — n° 1007 (956), t. II, p. 102.

(3) Cluny, n° 3241 (1049-1109 ?), t. IV, p. 363.

(4) Saint-Père, t. I, p. 219, n° 95 (1078) : — p. 232, n° 7 (1081) : — p. 237, n° 12 (ante 1102) : — p. 243, n° 18 (ante 1102) : — t. II, n° 9, p. 268 (1079-1101) : — p. 496, n° 39 (1079-1101).

(5) Voir par exemple Cluny, n° 738 (949), t. I, p. 694 : per andelacum facta traditione, in conspectu altaris, fratribus cartam fieri compromisit. — Cluny, n° 3545 (1079), t. IV, p. 672 : Omnis qui vult res suas in alterius transducere potestatem, debet hoc facere aut jurecessione aut stipulatione aut censu voluntario. Quapropter ego, etc....

l'acte à cause de mort. Mais il ne nous convient pas d'exposer en détail les règles techniques qui régissent chacun de ces modes de disposer ; c'est une tâche qui incombe aux historiens des donations ou des mutations de droits réels en général. Ici nous concentrons notre attention sur le testament proprement dit ; et, le prenant au moment de sa résurrection, nous analysons les formes auxquelles on subordonne sa validité.

I

Testament canonique.

L'acte à cause de mort, dès le premier moment de sa renaissance, ressortit à la compétence du tribunal épiscopal : c'est dans les cours d'Église et par les cours d'Église qu'il achève de se reconstituer. Or, l'esprit des clercs était constamment hanté par le souvenir de cette sentence des Livres Saints, dont nous avons déjà rencontré l'influence : *In ore duorum vel trium testium stet omne verbum*. On faisait de cette parole l'application la plus large : on en tirait les conséquences les plus étendues (1). Les principes libéraux qu'on y voyait résumés devaient être mis en œuvre avec empressement à propos des legs pieux, dont il importait de simplifier le plus possible la confection, dans l'intérêt spirituel des mourants et dans l'intérêt temporel des Églises. Autour de la citation mosaïque que nous venons de rappeler, s'élabora une coutume canonique (2) qui trouva son expression officielle dans deux actes ponti-

(1) Voir par exemple X. II. 20, c. 4 ; c. 28.

(2) Le canon 10, *de testamentis*, cité ci-dessous, invoque une *generalis consuetudo ecclesiæ*.

ficaux insérés aux Décrétales de Grégoire IX. Le canon 11 (1), au titre *de testamentis*, défend aux juges d'exiger, pour la validité des testaments en faveur de l'Église, les formalités entravantes du droit romain: il suffit de deux ou trois témoins capables. Le canon 10 (2), condamnant toute doctrine contraire, déclare fermes et inattaquables « les testaments que font les paroissiens en dernière volonté, devant leur curé et deux ou trois autres personnes capables ». Une décision de Grégoire IX (3),

(1) X. III, 26, c. 11. Relatum est auribus nostris, quod, quum ad vestrum examen aliqua super testamentis relictis ecclesiæ causa deducitur, vos secundum humanam et non divinam legem in ea vultis procedere, et, nisi septem vel quinque idonei testes intervenerint, omnino inde postponitis judicare. Unde, quia hujusmodi causæ de judiciis ecclesiæ, non secundum leges, sed secundum canones debent tractari, et his, divina scriptura testante, duo aut tres idonei testes sufficiunt, discretioni vestræ per apostolica scripta Mandamus, quatenus, quum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis, et tribus aut duobus legitimis testibus requisitis sitis contenti quoniam scriptum est : « In ore duorum vel trium testium stat omne verbum. »

(2) X. III, 26, c. 10. Quum esses, frater episcope, in nostra præsentia constitutus, diligenti nobis narratione proposuisti, talem in tuo episcopatu consuetudinem obtinere, quod testamenta, quæ fiunt in ultima voluntate ab iis, qui potestatem habent super alios, penitus rescindantur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanæ decernunt. Quiavero a divina lege et sanctorum Patrum institutis, et a generali ecclesiæ consuetudine id noscitur esse alienum : quum scriptum sit : « In ore duorum vel trium testium stet omne verbum », præscriptam consuetudinem penitus improbamus, et testamenta, quæ parochiani vestri coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema de cetero fecerint voluntate, firma decernimus permanere et robur obtinere perpetuæ firmitatis, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis præsumptione qualibet hujusmodi rescindere audeat testamenta.

(3) X. III, 26, c. 4. Cognovimus autem R. referente, quod moriens uxor Redempti unam concham argenteam nudis verbis jussit venundari, et suis dari libertis, et scutellam argenteam cuidam monasterio reliquisse : in quibus utrisque voluntatem ejus per omnia volumus adimpleri.

renouvelée de Grégoire Ier. complète ces textes en reconnaissant la validité d'un legs laissé *nudis verbis* : c'est proscrire tout formalisme, et avouer l'inutilité d'un écrit revêtu de cachets à la romaine.

La théorie canonique des formes testamentaires repose donc essentiellement sur deux idées fondamentales : 1° aucune observance n'est imposée *ad solemnitatem* : on se contente de demander que la volonté du mort soit prouvée : 2° cette preuve est elle-même très simplement organisée ; on la tient pour complète, dès que sont réunies les affirmations de deux ou trois témoins capables.

Les Assises de la Cour des Bourgeois expriment très nettement cet état de droit : peu importe, disent-elles, l'aspect sous lequel se présente le testament; il suffit qu'on puisse en lire l'écriture et qu'il y ait de bons *garens* (témoins), « car toute la force si git ès garenties » (1). Et le chapitre suivant détaille les conditions de capacité requises en la personne des témoins : si plus d'un incapable avait prêté son concours à l'acte, la sanction serait la nullité : toutes les dispositions demeureraient lettre morte, sauf « l'aumosne por Dé » qui devrait s'exécuter nonobstant toute irrégularité (2). Deux autres passages

(1) Ch. 201 (éd. Beugnot, p. 136) *Ici orrés la raison de l'escriture dou testament, qui le det faire.* Bien sachés que la lei et la raison coumande que il ne det aver deseurance, qui que se seit qui escrive le testament, ou il qui le fait, ou autre, fors tant que l'asise comande que celuy qui escrivera le testament ne deit estre parens de celuy qui fait faire le testament : ni ne deit aver deseurance en ce, se le testament est escrit ou en parchemin de cuir, ou en paupier, ou en tables de cire, mais que soulement que l'escrit pere tant com l'on puisse lire, et qu'il y aie bons garens, si deit estre ferm, car toute la force si git ès garenties.

(2) Ch. 202 (éd. Beugnot, p. 136) *Ici orrés la raison des garenties qui devent estre au testament, et non autres.* La lei et la raison de l'asize coumande et juge que à testament deivent estre tés garenties par quoi li testament ne seit perdus, car il ne det pas aver feme por-

s'occupent du nombre des témoins : deux suffisent s'il y a un écrit ; il en faut trois si la disposition est purement orale (1). On songe si peu à considérer leur concours comme requis *ad solemnitatem* que, malgré leur absence, le demandeur en délivrance d'un legs triomphe. s'il obtient un aveu des héritiers. ou si ceux-ci refusent de prêter le serment qu'il leur défère.

garent. ni nul serf, ce est nul esclaf ni nule esclave. ne ui deit estre nus hons qui ait son sens perdu : ne n'i deit estre nus home que la seignorie ait ataint et juge d'aucun mauvais crim de larrin. ou qui ait perdu respons de cort par aucune fauceté : ne n'i deit estre nus hom qui seit d'aage maindre de quatorze ans. Nules de ces persones qui sont si devisées ne deivent estre el testament. Et s'il aveneit que il y fussent. la raison coumande qu'il ne deivent estre creus de rien qu'il deissent. Et c'il en i aveit plus d'un de ytels persones. ne deit puis valer celuy testament par dreit. ne ne det estre tenus, ains comande et juge l'asise que ce seluy ou cele qui averet mises tès garenties à son essient, en son testament, et il esteit sur ce mort. et n'en aveit laissé nus parent ne nule parente. si deit estre tout dou seignor. tout ce qu'il avet dit en celuy testament, fors soulement l'aumosne. c'il l'avet devisée en celuy testament. se det estre dounés por Dieu ; et l'autre laisse qu'il avet laissée à aucun. si det estre dou seignor, for l'aumosne por Dé. si com est dit desus. Et ce celuy ou cele qui fist celuy testament avoit ou pere. ou mere. ou autre parens. la raison coumande que tout canque il avoit devisé en celuy testament. fors l'aumosne por Dé. si ce devent entre aus departir tout igaument : et il jà ne l'devent laisser por celuy mauvais testament qu'il avoit fait.

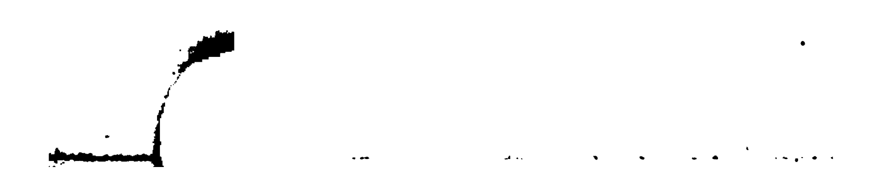
(1) Ch. 184 (éd. Beugnot. p. 123). — Ch. 197 (p. 132) *Ici orrés la raison de celuy qui demande ce c'on li a laissé à la mort en aucun testament. et comment il deit prover par garens que ce li soit laissé que il demande.* S'il avient que aucuns hons ou aucune feme demande ce que autre li a laissé à sa mort. la raison coumande que ce celuy qui demande la chose la demande par testament. si doit prover que le mort ait fait testament et qu'il soit escrit dedens celuy testament ce qu'il demande. par deus garens au mains. Et ce il enci ne l'peut prover. ne deit estre creus de rien qu'il jà demande par testament. Mais se celuy demande la chose et dit que le mort li laissa à sa mort. la raison coumande que cestui deit prover par treis leaus garans qui oyssent dire au mort qu'il laisset à celuy ce que il demande. si le deit aver, etc... (Suivent les dispositions relatives au serment et à l'aveu).



Mais ces principes ont subi en Occident une légère atteinte, et il y eut tendance à exiger la présence du curé à la confection du testament. En fait, l'intervention d'un ecclésiastique était très fréquente, puisque l'acte à cause de mort n'était d'ordinaire que la pénitence sacramentelle de la dernière confession. En droit, cette intervention était-elle indispensable ? La pure application du principe *In ore duorum*... conduisait à la solution négative ; et en effet le canon 11, relatif aux legs pieux, ne contient aucune allusion au rôle du prêtre dans l'ordonnancement des libéralités ultimes. Mais le canon 10, qui vise plus généralement les testaments quelconques, mentionne la présence du curé, sans cependant l'exiger catégoriquement à peine de nullité. De même le très ancien Coutumier de Normandie, lorsqu'il s'occupe du testament ordonné devant deux ou trois témoins, suppose également que le prêtre était présent, et s'abstient de fournir de plus amples explications (1). Il ne paraît pas qu'il se soit formé sur ce sujet, dès la période que nous étudions actuellement, une doctrine nette et définitive. Nous pouvons seulement signaler des prescriptions locales, qui, dans des intentions et sous des sanctions diverses, obligent les fidèles à invoquer le ministère du clergé pour le règlement de leurs volontés dernières. Une ordonnance d'Eudes, évêque de Paris (2), défend aux prêtres de recourir pour leur testament à l'intermédiaire d'une main laïque, et recommande aux pasteurs d'âmes d'avertir fréquemment les laïques de ne pas tester hors de la présence du prêtre.

(1) Pars I, c. 57, § 2 (Ed. Tardif, t. I, p. 46). Voir *supra*, p. 397, note 3.

(2) VIII, 6 ; Labbe, t. X, col. 1805 : Moneantur sacerdotes ne testamenta sua ordinent per manum laïcalem, et ipsi frequenter prohibeant laicis ne sua testamenta faciant sine præsentia sacerdotis.



En 1227, un concile de Narbonne (1) enjoint aux fidèles de toujours appeler un prêtre ou un autre ecclésiastique lorsqu'ils veulent donner leurs soins à leur testament. On donne de cette exigence un double motif : il faut une personne qui puisse témoigner de l'orthodoxie du testateur : il faut surtout une personne qui soit en mesure d'assurer l'exécution fidèle et prompte des legs pieux. La sanction, c'est peut-être (2) la privation de sépulture à l'encontre des défunts qui auraient méprisé en mourant les instructions du concile ; c'est en tous cas l'excommunication des notaires qui auraient consenti à procéder irrégulièrement. Deux ans plus tard, un concile de Toulouse (3) reproduit une règle analogue en prononçant la nullité des actes faits en contravention de cette loi. Le

(1) C. 5. Labbe, t. XI, col. 305. Item, quia ultima voluntas defuncti debet inviolabiliter observari : volumus et præcipimus, ut testamentum, vel ultima voluntas cujusque, in præsentia semper catholicorum virorum, et parochialis sacerdotis, vel alterius ecclesiasticæ personæ loco ipsius, condatur. Præsertim ut idem sacerdos, vel alia ecclesiastica persona, valeat de ipso testatore laudabile testimonium perhibere, ne de ipso aliqua infidelitatis suspicio possit haberi : et maxime ut ea, quæ in pias causas reliquerit, fideliter et citius sine fraude solvantur. Quod si testator vocare, ut diximus, sacerdotem et viros catholicos contempserit : careat ecclesiastica sepultura, donec de hujus mandati contemptu, ecclesiæ satisfactum fuerit competenter. Notariis vero, qui absque solemnitate superius expressa notare vel scribere præsumpserint testamenta vel ultimas voluntates, ecclesiæ introitus interdicatur usque ad satisfactionem condignam.

(2) *Peut-être*, disons-nous, car il se pourrait que le refus de sépulture punit ceux qui n'ont pas laissé de legs pieux, et non pas ceux qui les ont ordonnés sous une forme incorrecte : arg. des mots : *donec de hujus mandati contemptu ecclesiæ satisfactum fuerit competenter*.

(3) C. 16 : Labbe, t. XI, col. 431. Cum vero aliquis voluerit condere testamentum, hoc faciat sub testimonio sui presbyteri, vel alterius ecclesiasticæ personæ, si proprius non possit adhiberi sacerdos : adhibitis bonæ opinionis viris, quos ad hæc voluerit accersiri. Et testamenta aliter facta vigorem non habeant, nec alicujus sint momenti.

concile d'Arles, en 1234, reprend encore la même idée (1). Cette fois, le but unique est d'empêcher toute libéralité au profit des hérétiques ; aussi est-ce le recteur ou le chapelain de la paroisse du disposant qui est seul qualifié pour assister à la confection du testament : on espère sans doute qu'il sera en mesure de vérifier la foi catholique des intéressés. Sa présence est rigoureusement obligatoire, sous les mêmes peines qu'avait édictées antérieurement le concile de Narbonne : refus d'enterrer le défunt, excommunication du notaire. Nous constatons ainsi un effort persistant de l'autorité spirituelle pour transformer le curé en une sorte d'officier public, chargé de surveiller la capacité des parties. Son rôle dépasse celui d'un témoin passif, qui se bornerait à enregistrer les volontés des moribonds ; on cherche à organiser un appareil requis *ad solemnitatem*, et non plus seulement *ad probationem* ; mais on tient à réduire ces règles de forme au strict mininum, et à les rendre, au moins pour les catholiques, aussi peu gênantes que possible.

Au XIII[e] siècle (2). on compléta par une solennité posté-

(1) C. 21 ; Labbe. t. XI. col. 2344. Item. quoniam pro certo didicimus. quod credentes hæreticorum. fautores. defensores. et receptatores eorum. in testamentis hæreticis hactenus legaverint : de consilio præsentis. concilii prohibemus, ne quis, sine præsentia rectoris vel capellani suæ parochialis ecclesiæ, præsumat condere testamentum. vel testis interesse. nisi periculum sit. Quod si tabellio tali testamento præsumpserit interesse : ipso facto excommunicationem se noverit incursurum : et si testator taliter decesserit. sine licentia diœcesani episcopi non tradatur ecclesiasticæ sepulturæ. Quod si testator ea quæ legavit pro animæ suæ redemptione non diviserit. sed aliquorum dispositioni commiserit dividenda : illi sine consilio diœcesani vel ejus locum tenentis, vel rectoris ecclesiæ parochialis. si illi de facili haberi non possunt. legata dividere non præsumant.

(2) Pour l'Angleterre, M. Pollock et Maitland (*l. c.*, t. II, p. 339) déclarent que cette procédure de publication (*probate*) n'apparait pas avant le XIII[e] siècle. et Selden, qu'ils citent en note (note 5). n'en connait pas d'exemples avant le règne de Henri III.

rieure au décès les formalités initiales, trop sommaires pour garantir efficacement la conservation et l'accomplissement des dispositions du testateur. En 1264, un concile de Tours (1) imposa une procédure posthume en des termes qui méritent d'être rapportés : « De peur que les volontés des morts, dont un pieux usage confie le soin à des exécuteurs, ne viennent à être malicieusement supprimées ou cachées, nous ordonnons que dans les dix jours du décès du testateur on se présente devant l'évêque, ou devant l'archidiacre du lieu, ou devant leurs délégués, ou devant les magistrats exerçant notoirement la juridiction épiscopale ; qu'on apporte avec soi le testament et qu'on le présente au juge, s'il est écrit ; dans le cas contraire, que la volonté du testateur, certifiée sous serment par les témoins que celui-ci a institués à cet effet, soit rédigée en la forme publique. » La ressemblance est frappante avec l'enregistrement de la législation impériale. Nous verrons, en effet, en étudiant les documents du Midi, que le Moyen-Age emprunta cette pratique au droit romain des royaumes barbares. Elle donnait satisfaction à des besoins réellement sentis, et c'est ce qui en explique le succès.

(1) C. 7. Labbe, t. XI, col. 501. Ne decedentium voluntates, quos pium est executioni demandari, per aliquorum malitiam supprimi valeant, vel etiam occultari : statuimus ut infra decem dies a tempore obitus testatoris, ad episcopum vel archidiaconum loci, vel ad illos qui loco ipsorum super hoc fuerint deputati, vel ad illos qui jurisdictionem episcopalem habere noscuntur, accedant, secum testamentum, si scriptum fuit, delaturi : vel si non scriptum fuerit, per sacramentum ipsorum, quod testator disposuit probaturi, ut tunc præfati testatoris voluntas in formam publicam redigatur. (Voir la suite de ce canon, p. 435, note 1).

II

Testament par acte public.

Le testament, écrit ou oral, fait avec le concours du prêtre et de deux ou trois témoins, est le type canonique normal des actes de dernière volonté : mais ce n'est pas un procédé exclusif qui s'impose nécessairement, et je trouve dans les chartes deux autres modes de disposer *mortis causa*, dont le trait commun consiste à obtenir par l'intervention des pouvoirs publics la garantie que l'on demandait d'ordinaire au témoignage de son curé et de particuliers.

Nous avons, d'une part, des documents qui rappellent les *testamenta apud acta* des constitutions impériales, au même titre que la *probatio* rappelle l'enregistrement de la loi *Julia*. Le disposant se rend au tribunal ecclésiastique, fait part au juge de ses intentions libérales, et le prie de dresser acte de ses déclarations (1). C'était en défi-

(1) Testament de Girard de Vinneuf (1225) ; *Bulletin*, 1884, p. 236, n° 9. Galterius, Dei gracia Senonensis archiepiscopus, universis presentes litteras inspecturis, salutem et eternam in Domino felicitatem. Notum facimus universis, quod in presencia nostra constitutus, Girardus de Vico Novo miles, testamentum suum in hunc modum ordinavit... (Suit le dispositif)... Nos vero quod audivimus et recognitum fuit coram nobis ad peticionem predicti Girardi, sine prejudicio alterius, sub sigillo nostro testificamur. Actum Senonis anno Domini M° CC° XXIIII°, mense februarii. — Testament de Mile de Trémont (1236) : *Bulletin*, 1884, p. 237, n° 10. Omnibus presentibus litteras inspecturis..... officialis curie archidiaconi Senonensis, in Domino salutem. Notum vobis facimus quod Milo de Tremonte, miles, coram nobis testamentum suum condidit in hunc modum :..... (Suit le dispositif)..... Quod autem audivimus et recognitum fuit coram nobis, ad petitionem predicti militis, sine prejudicio alterius testifi-

utive pourvoir de son vivant à la publication dont la plupart des testateurs laissaient le soin à leurs héritiers ou à leurs exécuteurs : grâce à cette anticipation, la procédure officielle simplifiée dispensait de toutes autres formalités.

D'un autre côté, il paraît bien que l'apposition des sceaux de certains seigneurs suffisait à assurer à l'acte une valeur parfaite (1). Tel est en particulier le cas des rois de France, dont les testaments ne portent pas d'autre signe de validation que le sceau de leur puissant auteur (2).

Ces solutions étaient exactement conformes à l'esprit du droit canonique : il est évident que dans les hypothèses que nous venons de signaler, l'authenticité des volontés du défunt était prouvée avec toute la certitude désirable ; et il n'en fallait pas davantage, aux yeux de juges soucieux avant tout de faire respecter les désirs des morts (3).

[illegible] Actum anno gracie M° CC° tricesimo quinto, mense januario, in vigilia Epiphanie Domini. — Cf. acte de 1239 ou 1240 ; *Bulletin*, 1884, p. 240, n° 12.

(1) Le testament de Hugues, comte de Vaudémont (1235), se termine ainsi (*Histoire de Lorraine*, t.) II, Preuves, col. 449) : Pariter et [illegible] volo etiam quod propter hæc omnia bene tenenda, ad [illegible] petitionem meam dominus Henricus Comes Barrensis dominus meus ligius ante omnes, præsentes litteras cum sigillo meo, [illegible] suo munimine corroboret et confirmet. Ego vero in testimonium [illegible] et totius rei confirmationem, præsentes litteras sigilli [illegible] roboravi. Actum anno gratiæ millesimo ducentesimo [illegible] quinto, mense Maio, in die festo Pentecostes. (Scellé de [illegible]). Cf. cart. de N. D. t. II, p. 162, n° 22 (1221).

(2) V. [illegible] testament de Philippe-Auguste de 1222. — Le testament de [illegible] VIII, de 1225, (Layettes, n° 1710, t. II, p. 54) ne fait [illegible] son texte à aucune formalité ; mais il était, dit l'éditeur [illegible] scellé.

(3) [illegible] Pars II, causa XIII, quæstio 2, c. 4. Ultima voluntas de[illegible] omnibus conservetur.

III

Diplomatique.

Nous savons maintenant quelles sont les formes nécessaires et suffisantes pour constituer un testament valable en droit. Il est intéressant de rechercher comment le Moyen-Age mettait en œuvre les règles que la coutume et la législation avaient lentement dégagées. Sans entreprendre *ex professo* l'étude diplomatique des chartes testamentaires, il y a lieu de noter quelques traits qui complètent utilement la physionomie de l'acte à cause de mort.

Rien de plus curieux, par exemple, que de se rendre compte du rôle des témoins, et de l'empressement plus ou moins spontané avec lequel on se confiait à eux (1). Au temps des premiers Capétiens, on suivit les traditions qui avaient triomphé dans l'Empire franc : les témoins ne sont pas seulement convoqués pour authentiquer en la forme un procès-verbal d'aliénation ; ils suivent au fond les opérations qui réalisent le transfert de propriété. Mêlés aux membres de la famille (2), ils sont associés à l'acte même du disposant, qui ne craint pas de multiplier le nombre de ces collaborateurs (3) ; quantité de docu-

(1) Cf. Giry, *Manuel de Diplomatique*, p. 595 et sq.

(2) Cluny, nº 116 (910-927), t. I, p. 131 : — nº 127 (910-927), t. I, p. 139. Voici l'énumération des *signa* qui terminent cette charte : Signum Gerardi, qui hanc donationem fecit et firmare rogavit. S. Bernardi, filii sui. S. Wilelmi, filii sui. S. Gerard. S. Leotardi. S. Hugoni. S. Bernardi. S. Eldini. S. Duranni. S. Regine, uxoris sue. — Cluny, nº 619 (943), t. I, p. 576 : — nº 3535 (1079), t. IV, p. 656. — Pérard, p. 177 (1027). — St-Père, t. II, p. 494, nº 37 (1120-1150). — Cf. Cluny, nº 3361 (c. 1060), t. IV, p. 455.

(3) Cluny, nº 116 (910-927), t. I, p. 131 : au moins 6 témoins : — nº 1007 (956), t. I, p. 102 : 9 témoins : — nº 1110 (961), t. II, p. 202 :

ments, après avoir cité nommément plusieurs personnes, mentionnent en bloc la présence d'une ample assistance (1) : c'est en public (2) qu'on procède aux donations en vue de la mort, comme à tout autre solennité juridique.

Lorsque les libéralités posthumes dessinèrent l'évolution qui les amena jusqu'à l'acte *mortis causa*, on ne songea pas d'abord à s'écarter des errements traditionnels : le XII[e] siècle fut en général fidèle au système d'une large publicité (3). Mais par nature l'acte *mortis causa* s'accommode mal du contrôle de l'opinion. Son trait caractéristique est la révocabilité *ad nutum* ; un bienfaiteur pris de regret se sent mal à l'aise pour modifier les générosités dont les intéressés ont eu connaissance. Le secret est utile à la liberté, et nécessaire à l'arbitraire du testateur. Aussi saisissons-nous, au travers des textes, la trace d'un revirement des idées courantes. Sans doute, lors-

15 témoins. — n° 1530 (980), t. II, 580 : 10 témoins. — Pérard, p. 177 (1029) : 16 témoins. — Redon, n° 295 (1081-1083) : 18 témoins. — St-Père, t. I, p. 143, n° 20 (ante 1070) : 25 témoins ; — p. 232, n° 7 (1081) : 16 témoins ; — p. 237, n° 12 (ante 1102) : 9 témoins.

(1) Redon, n° 308 (1066-1075), p. 260 : Factum est autem in pleno capitulo Sancti Salvatoris. — Redon, n° 329 (c. 1100), p. 280 ; — n° 340 (1096), p. 290 : Hujus rei testes sunt..... et alii complures.— Redon, n° 373 (1037), p. 326. — St-Père, t. I, p. 232, n° 7 (1081). — Cluny, n° 3712 (1096), t. V, p. 59. — Cf. Giry, *l. c.*, p. 609.

(2) *Actum publice*, disent souvent les chartes. Cluny, n° 367 (928), t. I, p. 345 ; — n° 1157 (963), t. II, p. 246 ; — n° 1236 (968), t. II, p. 325 ; — n° 1520 (980), t. II, p. 569 ; — n° 1530 (980), t. II, p. 580 ; — n° 1634 (983), t. II, p. 670 ; — n° 2637 (1006), t. III, p. 678 ; — n° 3130 (1049-1109 ?), t. V, p. 295. — St-Père, t. I, p. 89, n° 6 (984) ; p. 232, n° 7 (1081).

(3) Cluny, n° 3755 (c. 1100), t. V, p. 108 ; — n° 4149 (c. 1150), t. V, p. 510. — St-Père, t. II, p. 284, n° 25 (1101-1129) ; — p. 311, n° 61 (1101-1129) ; — p. 317, n° 68 (1101-1129) ; — p. 552, n° 46 (1101-1129) ; — p. 599, n° 107 (1101-1129). — Redon, n° 346 (1123), p. 297 ; — n° 349 (1136), p. 300 ; — n° 370 (1112), p. 323 ; — n° 372 (1108-1133), p. 325. — Chartularium insignis ecclesiæ Cenomanensis, n° 85 (1142-1186) p. 44.

qu'un malade teste oralement au lit de mort. il est bien forcé de communiquer ses intentions à un cercle d'amis : mais on ne mentionne plus la réunion d'une vaste assemblée, il n'est plus question de rédaction publique ; et nous savons de science certaine que certaines chartes testamentaires ont été fermées avec des lanières (1), en sorte que nul œil indiscret n'en pouvait déchiffrer le contenu.

L'énumération des témoins apparaissait au milieu d'un protocole final où les scribes reproduisaient, avec une aveugle fidélité, les formules des âges précédents. La clause *stipulatione subnixa*, plus ou moins déformée, se lit dans une multitude d'actes des xe et xie siècle (2). Nous connaissons l'origine de la mention, et la portée qu'on avait fini par lui attribuer (3) : on y voyait une allusion à la souscription. *Adstipulatio* est pris dans le sens de *signature* (4) ; *substipulare, adstipulare*, veulent dire *signer, confirmer en signant* (5). Au xie siècle.

(1) Voir la phrase finale du testament de Philippe-Auguste de 1222, et la note placée par l'éditeur à la suite du testament de Louis VIII de 1225 (*Layettes*, t. II, p. 55).

(2) Cluny, n° 116 (910-927), t. I, p. 131 ; – n° 205 (917), t. I, p. 193 ; — n° 619 (943), t. I, p. 576 : – n° 1007 (956), t. II, p. 102 : — n° 1157 (963), t. II, p. 246 ; — n° 1167 (963), t. II, p. 254 ; – n° 1520 (980), t. II, p. 569 : — n° 1530 (980), t. II, p. 580 : — n° 1634 (983), t. II, p. 670 ; — n° 3130 (1049-1109), t. IV, p. 295. — Beaulieu, n° 108 (932), p. 161 ; — Pérard, p. 39, n° 25 (964).

(3) Voir *Supra*, p. 246 et sq.

(4) Saint-Père, t. I, p. 171, n° 44 (ante 1071) : Ut autem hæc cartula sit firmior, signo astipulationis meæ, ante ecclesiam sancti Nigasii, eam signavi, et filiis fidelibusque meis corroborandam tradidi.

(5) Saint-Père, t. I, p. 84, n° 2 (988) : Ut autem hujus traditionis noticia perhenni in Christo nitatur anchora,..... propria manu eam substipulavi aliorumque virorum nobilium manibus ac notaminibus corroborandam obtuli. — t. I, p. 94, n° 3 (ante 996) : ut autem hæc carta inconvulsa in posterum permaneat, ex consensu comitis ejusdemque comitatus nobilium, propriis nominibus eam substipulavimus — t. I, p. 232, n° 7 (ante 1081) : hanc cartam publice adstipulando crucis signo corroboravi. — A rapprocher t. I, p. 89, n° 6 (984) ;

les documents méridionaux révèlent une rectification; ils emploient le mot *stipulatio* dans une acception dont il serait difficile de déterminer l'exacte portée, mais qui paraît bien se rapporter à un engagement solennel (1). Le même fait se remarque au Cartulaire de Cluny en 1079 (2). Puis, à partir du XIIe siècle, nous cessons de rencontrer la *stipulatio subnixa* parmi les clauses de style qui terminent les chartes; on peut attribuer au droit romain renaissant le mérite d'avoir redressé le contre-sens invétéré de la pratique, et mis fin à une erreur qui frisait l'absurdité.

C'est encore le même phénomène qui domine l'histoire des clauses comminatoires, dont l'époque franke avait si largement répandu l'usage et même l'abus. On se rappelle comment les disposants des temps mérovingiens et carolingiens dévouaient ceux qui mépriseraient leurs volontés aux malédictions divines et aux anathèmes ecclésiastiques. Les donateurs de l'époque féodale imitent ces exemples. Le Xe siècle se plaît à multiplier ces imprécations horrifiques (3). Au XIe elles commencent à s'adou-

Hæc autem carta, ut firmior veriorque credatur, manu mea subterfirmavi.

(1) Saint-Victor, n° 36 (XIe s.), t. I, p. 55 : Quicumque possessionem suam vult in alterius jure transfundere, debet illud facere dono, aut precio, aut stipulatione, testibus conscriptis. — n° 248 (XIe s.), t. I, p. 271 : Omnis homo qui possessionem suam in alterius vult transfundere potestatem, est necessarium ut perficiat illud secundum juris cessionem, id est aut vindicta vel testamento seu stipulatione, quatenus firma et stabilis ipsa permaneat institucio. — Cf. Lérins, n° 161 (1074), p. 156; charte dans laquelle il est impossible de préciser le sens de la *stipulatio subnixa*.

(2) Cluny, n° 3545 (1079), t. IV, p. 672: Omnis qui vult res suas in alterius transducere potestatem, debet hoc facere aut jurecessione aut stipulatione aut censu voluntario.

(3) Voir notamment : Cluny, n° 205 (917), t. I, p. 193; — n° 738 (949), t. I, p. 694; — n° 1007 (956), t. II, p. 102; — n° 1167 (963), t. II, p. 102; — n° 1236 (968), t. II, p. 325; — n° 1311 (971-972), t. II.

cir (1), tout en gardant souvent encore un accent bien féroce (2) : après l'an 1100 elles disparaissent. Il faut noter d'ailleurs que, vers cette époque, l'Église s'émut de pareilles menaces, dont l'excès dégénérait en impiété ; il fut interdit aux clercs de les insérer dans les actes qu'ils rédigeaient (3). Les amendes édictées par les particuliers contre ceux qui iraient à l'encontre de leurs volontés subissent un sort analogue (4). Elles sont de règle pendant tout le cours du xe siècle : les chartes décrètent que tout contempteur de leur contenu sera forcé de payer, sur la contrainte des pouvoirs publics, une ou plusieurs livres d'or (5). Mais dès le xie siècle, l'usage de ces condamnations pécuniaires anticipées et éventuelles subit une décadence (6), qui

p. 386 ; — n° 1520 (980), t. II, p. 569 ; — n° 1530 (980), t. II, p. 580 ; — n° 1537 (980), t. II, p. 586. — Saint-Père, t. I, p. 63, n° 8 (978) ; — p. 84, n° 2 (988) ; — p. 87, n° 5 (987) ; — p. 89, n° 6 (984).

(1) Cluny, n° 3361 (c. 1060), t. IV, p. 455 ; — n° 3524 (1078, t. IV, p. 647 ; — n° 3535 (1079), t. IV, p. 656 ; — n° 3765 (c. 1100), t. V, p. 117. — Saint-Père, t. I, p. 219, n° 95 (1078) ; — p. 232, n° 7 (1081).

(2) Cart. de N. D. t. I, p. 225, n° 10 (1006). — Saint-Père, t. I, p. 123, n° 2 (ante 1018) ; — p. 139, n° 17 (ante 1070) ; — p. 154, n° 28 (ante 1061) ; — p. 187, n° 61 (ante 1070) ; — p. 242, n° 17 (ante 1102).

(3) Giry, *l. c.*, p. 565.

(4) Giry, *l. c.*, p. 567.

(5) Cluny, n° 116 (910-927), t. I, p. 131 ; — n° 205 (917), t. I, p. 193 ; pro hac commotionis causa seu lite, potestate cogente, auri libras quinque persolvat ; — n° 738 (949), t. I, p. 694 : principibus X libras auri persolvat ; — n° 1157 (963), t. II, p. 247 : coactus judiciaria potestate, auri libram I persolvat ; — n° 1520 (980), t. II, p. 569 ; — n° 1530 (980), t. II, p. 580 ; — n° 1634 (983), t. II, p. 670. — Saint-Père, t. I, p. 89, n° 6 (984) : insuper cui litem inferre præsumpserit, coactus publice, libram auri cogatur solvere.

(6) Voici l'indication de quelques chartes où elle figure encore : Cluny, n° 3130 (1049-1109 ?), t. IV, p. 295 ; — n° 3535 (1079), t. IV, p. 656. — Saint-Père, t. I, p. 180, n° 54 (ante 1061) ; — p. 183, n° 58 (1062).

devient au siècle suivant une ruine complète. Les temps anarchiques sont passés : une autorité plus régulière maintient un ordre plus pacifique ; les particuliers commencent à compter sur l'autorité publique, sans se croire obligés d'organiser eux-mêmes la sanction de leurs dispositions privées. On devine au langage des chartes que les esprits s'instruisent et que les mœurs s'adoucissent.

CHAPITRE IV

EXERCICE ET LIMITES DU DROIT DE TESTER

Le droit canon de sa nature était favorable aux extensions de la liberté de tester : les traditions romaines et l'intérêt de l'Église, bénéficiaire habituelle des actes à cause de mort, l'engageaient également à ne pas entraver les initiatives individuelles. Mais il dut compter, dans la France septentrionale, avec des forces antagonistes qui arrêtèrent l'essor des tendances libérales. La Féodalité imposait à certaines terres une domination hostile aux changements de tenanciers, et à certaines personnes une servitude incompatible avec la gestion indépendante d'un patrimoine. D'autre part, les survivances de l'antique communauté de famille faisaient d'un même immeuble, au moins en espérance, la chose de plusieurs, et subordonnaient la volonté du chef aux intérêts de ses coassociés. Bref, un réseau d'incapacités et d'indisponibilités enlaçait les propriétés comme les propriétaires.

I

Incapacités.

Yve de Chartres (1) énumère cinq catégories de per-

(1) Decretum, XVI, c. 188 (éd. de 1647, p. 439) Non omnibus licet facere testamentum : statim enim ii qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent. *Item*. Testamentum facere non

sonnes incapables de tester : les *alieni juris*, les impubères, les *furiosi*, les sourds et les muets. Mais, si l'on remarque que ce passage n'est qu'un extrait de Justinien (1), et qu'il vise les testaments proprement dits, à une époque où ceux-ci n'étaient pas admis par nos coutumes françaises, on conclura qu'on ne peut pas considérer l'article d'Yve de Chartres comme le résumé complet et exact du droit du XIe siècle en ces matières.

Lorsque la compétence testamentaire fut reconnue aux cours d'Église, il fallut bien qu'une jurisprudence se formât sur la question des incapacités, et quelques décisions du *corpus juris canonici* supposent ou consacrent un petit nombre de règles précises.

C'est ainsi qu'une Décrétale d'Innocent III (2) implique pour les aliénés l'impossibilité de laisser une disposition de dernière volonté valable. D'autres textes infligent à certains criminels, entre autres déchéances, la perte du droit de tester : les usuriers morts avec leur péché seront privés de sépulture, et leurs offrandes ne seront pas reçues, décide Alexandre III au Concile de Latran (3).

possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi, quia mente carent. Neque ad rem pertinet, si impubes postea pubes factus, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, et decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur. Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit : non qui tarde exaudit. Nam et mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur.

(1) Institutes, II, 12.

(2) X. III, 27, c. 3.

(3) X. V, 19, c. 3. Quia in omnibus fere locis ita crimen usurarum invaluit, ut multi, aliis negotiis prætermissis, quasi licite usuras exerceant, et qualiter utriusque testamenti pagina condemnentur, nequaquam attendant : ideo constituimus, quod usurarii manifesti nec ad communionem admittantur altaris, nec Christianam, si in hoc peccato decesserint, accipiant sepulturam, sed nec oblationes eorum quisquam

de postérité, de laisser au patron ou à ses descendants le tiers de leur fortune.

Enfin, la capacité des clercs fait l'objet d'une minutieuse réglementation canonique. Il est rappelé en maints endroits du *Corpus* que les prêtres et les évêques disposent librement de leur fortune propre, sous la condition de respecter scrupuleusement le patrimoine de l'Église (1). Tous les biens qu'ils ont acquis, soit avant leur ordination, soit à une époque quelconque par succession ou du moins *intuitu personae*, peuvent faire l'objet d'un testament régulier. Au contraire, les richesses mobilières (2) qui ne leur sont parvenues qu'à raison de leur charge échappent à leur action dispensatrice ; il leur est seulement permis d'attribuer à titre d'aumône quelques sommes modiques aux pauvres ou à leurs serviteurs (3). Par contre, il est interdit, de la façon la plus absolue, aux moines et religieuses de faire le moindre don ou legs (4). C'est la conséquence logique du vœu de pauvreté par lequel les réguliers ont abdiqué tout droit de propriété (5).

II

Le disponible. - Les limitations féodales.

Si la détermination des incapacités se rattache à l'étude

(1) Gratien, Pars II, Causa XII, quaestio 5, c. 1, c. 2, c. 4, c. 5. — X. III, 26, c. 1, c. 7, c. 9. — Cf. *Ordonnances*, t. I, p. 2 (1105).

(2) X. III, 26, c. 12.

(3) X. III, 26, c. 8 et c. 12.

(4) X. III, 26, c. 2. — D'un passage de la *Cour des Bourgeois* semble résulter le contraire (ch. 189 : éd. Beugnot, p. 127 : on règle spécialement l'hypothèse où les clercs et religieuses meurent *desconfés*). Mais bien que l'éditeur (cf. note c) n'élève aucun doute sur l'authenticité du texte, il est difficile de ne pas y voir une erreur de rédaction ou de copie.

(5) X. III, 35, c. 6.

qu'ils n'ont pas la faculté de tester. Les affranchis, en revanche, jouissent de cet avantage, disent les Assises de la Cour des Bourgeois (1); mais ils sont tenus, à défaut

esse ecclesiæ, sed ita rationibus a multis temporibus implicatum, ut, etiam si esset ingenuus, donec ratiocinia cuncta deduceret, modis omnibus obnoxius haberetur, ausu temerario molitus fuerit paginam condere testamenti, cujus omne peculium ecclesiastico juri legibus non dubitetur obstrictum. Quapropter his presumptionibus vice nostra tua fraternitas contradicat, nec fieri prorsus aliqua subreptione permittat. Ac si eidem quicquam humanitus forte contigerit, quia grandevus esse memoratur, mox ejus sine dilatione substantiam precipiat unanimitas tua filiis ejus duntaxat, quibus patrimonium probatur esse commissum, sub fideli descriptione contradi, donec temporibus universis, quibus hoc patrimonium gubernasse cognoscitur, partes dominicas reddere cogatur indemnes.

(1) Ch. 203 (éd. Beugnot, p. 137). *Ici orrés la raison dou batié ou de l'esclave batiée qui est morte, et ait fait testament, et quel raison a en ces choses celui ou cele qui le franchi, ce est qui le fist faire Crestien.*

S'il avient que aucun esclaf ou esclave que son seignor ou sa dame ait fait faire Crestien et franchi, et celuy batié ou batiée vient à mort et fait testament, la raison coumande et juge que celuy seignor ou cele dame de celuy batié ou de cele batiée n'en ont puis nule raison ès choses de celuy batié, contre sa volenté, puis qu'il a fait devise, ou soit que celuy batié ait enfans ou non... Et ce il ne fist testament et il avet enfans, si comande la raison que tout det estre de ces enfans ce qu'il avet, par dreit. Et c'il n'avet point de leaus enfans, mais avet autres enfans de sa mie, la raison juge et comande que celuy batié ou batiée est tenus de laisser, à sa mort, à son seignor ou à sa dame qui le franchi, la tierce part de tous ces biens, et en maisons et en aveir, et des autres deus pars peut bien faire sa volenté. Mais se il ne laissa se à son seignor ou à sa dame la raison juge et coumande que le seignor ou la dame de celuy batié ou batiée pueent prendre le tiers de tout ce que celuy avet laissé de tous ceaus et de toutes celes personnes à qui il averet ces choses laissées, ou sans testament ou o testament, dedens l'an et le jor que celuy batié ou batiée avera esté mort..... Et tout autel dreit come est devisé que a le seignor ou la dame ès choses de son batié ou de sa batiée tout autel raison y ont les anfans dou seignor ou de la dame de celuy batié, puis que leur pere ou lor mere sont mors, et le deivent partir igaument entre aus, car ce est dreit et raison.

de postérité, de laisser au patron ou à ses descendants le tiers de leur fortune.

Enfin, la capacité des clercs fait l'objet d'une minutieuse réglementation canonique. Il est rappelé en maints endroits du *Corpus* que les prêtres et les évêques disposent librement de leur fortune propre, sous la condition de respecter scrupuleusement le patrimoine de l'Église (1). Tous les biens qu'ils ont acquis, soit avant leur ordination, soit à une époque quelconque par succession ou du moins *intuitu personæ*, peuvent faire l'objet d'un testament régulier. Au contraire, les richesses mobilières (2) qui ne leur sont parvenues qu'à raison de leur charge échappent à leur action dispensatrice ; il leur est seulement permis d'attribuer à titre d'aumône quelques sommes modiques aux pauvres ou à leurs serviteurs (3). Par contre, il est interdit, de la façon la plus absolue, aux moines et religieuses de faire le moindre don ou legs (4). C'est la conséquence logique du vœu de pauvreté par lequel les réguliers ont abdiqué tout droit de propriété (5).

II

Le disponible. - Les limitations féodales.

Si la détermination des incapacités se rattache à l'étude

(1) Gratien, Pars II, Causa XII, quæstio 3, c. 1, c. 2, c. 4, c. 5. — X. III, 26, c. 1, c. 7, c. 9. — Cf. *Ordonnances*, t. I, p. 2 (1105).

(2) X. III, 26, c. 12.

(3) X. III, 26. c. 8 et c. 12.

(4) X. III, 26. c. 2. — D'un passage de la *Cour des Bourgeois* semble résulter le contraire (ch. 189 : éd. Beugnot, p. 127 : on règle spécialement l'hypothèse où les clercs et religieuses meurent *desconfés*). Mais bien que l'éditeur (cf. note c) n'élève aucun doute sur l'authenticité du texte, il est difficile de ne pas y voir une erreur de rédaction ou de copie.

(5) X. III, 35. c. 6.

de la hiérarchie sociale et de l'organisation familiale, la recherche des conditions sous lesquelles il est permis de disposer pénètre plus avant encore au sein des difficultés que soulèvent ces problèmes essentiels du droit public et privé. Les questions d'inaliénabilité ou de réserve mettent en jeu la constitution même de la propriété foncière, et de celle-ci dépendait au Moyen-Age le système complet des relations juridiques. Deux causes restreignent pour l'individu la liberté des aliénations en vue de la mort : le régime féodal et la copropriété de famille.

Primitivement, les fiefs, et plus généralement l'ensemble des tenures, étaient viagers, par conséquent intransmissibles et inaliénables (1). D'assez bonne heure, il est vrai, le principe d'hérédité fut introduit et appliqué en des cas de plus en plus nombreux ; mais les règles de succession étaient déterminées par l'acte de concession ; la volonté de l'homme n'y pouvait déroger : en devenant transmissible, la tenure restait inaliénable. Aussi, les chartes du x[e] siècle rédigées en vue de la mort ne contiennent-elles aucune allusion à des donations de terres occupées à titre de précaire ou de bénéfice ; de pareilles aliénations eussent été irrégulières. Ce régime originel a d'ailleurs laissé un souvenir que l'on retrouve aux *Libri feudorum* (2) et

(1) Cf. Esmein, *Histoire du droit français*, 3e éd. p. 194 et sq., 211 et sq. — Beaune, *Conditions des biens*, p. 206, 254. — D'Espinay, *La Féodalité et le Droit Civil*, p. 293 et sq. — Boissonade. *Histoire de la Réserve*. p. 214 et sq.: 228 et sq. — Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. IV. p. 326 ; — t. VII, p. 430. — Viollet, *Histoire du Droit*, 2e éd., p. 634 et sq., p. 665 et sq. — *Histoire des institutions*. t. I. p. 430 et sq.

(2) I. 8. *de successione feudi*. Si quis igitur decesserit filiis et filiabus superstitibus : succedunt tantum filii aequaliter, vel nepotes ex filio, loco sui patris : nulla ordinatione defuncti in feudo manente, vel valente.

dans *Glanville* (1). Cependant, il était possible au seigneur de valider par une ratification la mutation que le premier titulaire n'était pas en mesure de parfaire de sa propre autorité. Si les approbations de ce genre n'apparaissent que très rarement au x[e] siècle (2), elles se généralisent au xi[e], et nombre de documents de cette époque relatent des libéralités consommées par le consentement du seigneur (3). Il est donc incontestable qu'on prend l'habitude de disposer des tenures dont on est concessionnaire ; seulement les supérieurs féodaux gardent un droit de contrôle (4), et pour les fiefs spécialement, leur

(1) VII, 5 § 4 (Phillips, t. II, p. 397). De hereditate vero nihil in ultima voluntate disponere potest, ut predictum est.

(2) Voir cependant Cluny, n° 738 (949), t. I, p. 694 : quod et potentissimi comites Ugo et Geslebertus rationabile considerantes, laudaverunt, et hanc noticiam, in Dei nomine, confirmaverunt. — Peut-être St-Père, t. I, p. 86, n° 2 (988) : la charte porte le *signum* d'un *præsul*, et d'un *comes* ou *patricius*.

(3) St-Père, t. I, p. 95, n° 4 (ante 1024). Seniori quoque meo Odoni, comiti inclito, proceribusque suis, trado corroborandum, ut sequens in evum firmum et inconvulsum permaneat quod insertum est. — t. I, p. 143 n° 20 (ante 1070) : una cum consensu senioris mei Rodberti filiique ipsius Rodberti, ex cujus beneficio est, cedo... quandam ecclesiam. — t. II, p. 504, n° 48 (1092-1120) — Redon, n° 295 (1081-1083), p. 246.

(4) St-Père, t. I, p. 232, n° 7 (1081) Ego Willelmus de Sumbone, militiæ armis accinctus, terrenarum rebus locupletissimus..... notum esse volo quod quidam meus fidelis, nomine Sulpicius, votum habuit in cœnobio sancti Petri Carnotensis, ab hoc deceptili seculo nudus, veri Dei famulatui se mancipari, et beneficium quod ex me tenebat, in territorio Carnotensi, clavigeri summo ac monachis inibi militantibus, in stipendiis ipsorum, relinquere..... Nos autem duximus illud beneficium quale sit ostendere, id est quicquid in parroechia domni Germani, in ecclesia videlicet, in decimis, in terris cultis et incultis, silvis et militibus, ac omnibus exquisitis et inquirendis, videbatur ex me tenere. Hoc totum pro anima sua præfatus Sulpicius apostolorum principi et ejus monachis reliquit. Quod et ego, Eustachii abbatis et monachorum prece ductus, cum uxore mea Ermengarde et unico filio, vocabulo mei nominis nuncupato, pro redemptione animarum nostrarum, fieri volui ; et, die Purificationis almæ matris Domini, super altare Petri

adhésion reste la condition nécessaire d'un changement de vassal (1). Relativement aux tenures inférieures, il est des seigneurs qui valident d'avance toutes les largesses que leurs hommes seraient tentés de faire à tel couvent (2). L'usage se répand au XII[e] siècle (3), et se maintient au XIII[e] (4), d'octroyer à tous les habitants d'un territoire déterminé le droit de disposer librement de leurs possessions : les vilenages sont véritablement entrés dans

apostoli assensum posui, atque hanc cartam publice astipulando crucis signo corroboravi. Pro qua re a præfato abbate centum solidos carnotorum nummorum accepi, meaque conjux duas auri uncias, et filius meus renonem unum varium.

(1) Cf. Libri feudorum, I, 13 : II, 9, 34 § 2, 39, 40.

(2) Saint-Père, t. I, p. 143, n° 20 (ante 1070). Do itidem licentiam meis militibus, ut, si concedere voluerint ex decimis quas ex me tenent, eidem loco dent sine ullo contradictu.

(3) Cluny, n° 4205 (1161-1172), t. V, p. 550, § 12. Voir *supra*, p. 401, note 1. — Charte de Laon (1189); *Layettes*, n° 358, t. I, p. 153. Voir *supra*, p. 376, note 2. — *Privilegia burgensium castri Exolduni ab Odone domino Exolduni, confirmata* (1190), *Layettes*, n° 380, t. I, p. 164 : Omnibusque in eo habitantibus, tam in sanitate quam in egritudine corporis constitutis, res suas dum vixerint cuicumque voluerint dare licebit..... Et nisi vivens res suas disposuerit vel ordinaverit, nullusque fuerit cui jure hereditario res eveniant, dittioni mee subiciantur et reddigantur, hoc videlicet modo ut ecclesiis, pro exequiis eorum, ecclesiastica jura persolvantur. — Toutefois, ce dernier texte, qui permet aux bourgeois de disposer de leurs biens *tant qu'ils restent en vie*, exclut peut-être par là même les libéralités testamentaires.

(4) Lettres de Philippe-Auguste, par lesquelles il confirme les anciens priviléges des habitants de Poitiers (1204) ; *Ordonnances*, t. XI, p. 290 ; § 2 : Concessit autem eis quod quando aliquis eorum ad finem vite sue perveniens, elemosinam suam divisam habuerit, plenarie et integre teneatur ; et qui in elemosinam illam violentiam fecerit, a communia ville Pictavie defendatur, custodiatur, et teneri cogatur. — Charta Ludovici regis pro communia S. Johannis Angeliacensis. *Layettes*, n° 1663 (1224), t. II, p. 37 : Concedimus etiam ut eis et eorum heredibus ad libitum suum puellas et viduas suas nuptui tradere [illegible], et ultima testamenta sua, prout voluerint, ordinare sive ore proprio, sive per ministerium amicorum.

le commerce. Les fiefs ne suivent le mouvement que d'une marche plus lente. Sans doute le concours effectif du suzerain aux actes *mortis causa* dont ils sont l'objet tend à devenir plus rare à mesure que les années s'écoulent; mais ces interventions ne disparaissent cependant pas complètement (1), et j'en trouve encore un exemple en 1235 : Hugues de Vaudémont (2) règle la répartition de ses terres entre ses enfants en présence du comte de Bar à qui il doit l'hommage lige, et il demande à ce personnage de confirmer ce partage testamentaire. En Normandie, on s'arrête à un système transactionnel dont le très ancien Coutumier nous instruit (3) : chacun peut disposer à son gré du tiers de sa tenure, sans consentement de qui que ce soit : mais si les ancêtres ont déjà procédé à de pareilles mutilations de leurs domaines, les descendants ont besoin, pour une nouvelle libéralité, de l'approbation du seigneur et de l'assentiment de leurs propres héritiers. On assigne ainsi à l'inférieur une sphère

(1) Saint-Père, t. II, p. 425, n° 31 (1101-1129) : Hildegardis, uxor Ansoldi de Mongeri Villa, cum moreretur, reliquit nobis in elemosina terram quam habebat apud Moenvillam, quam vir suus prior Radulfus, qui cognominatus est Bigotus, emerat atque ei propriam ad quicquid vellet faciendum dederat. Et Paganus de Mongeri Villa nobis eam concessit ipse et uxor ejus Adelais, et filii ejus omnes et filie, et Hugo vicecomes Castridunensis, qui supremus dominus erat. — T. II, p. 479, n° 17 (1101-1129) : Hanc igitur donationem recognovi et affirmavi coram donno Willelmo Goeto, et Eustachia, uxore ejus. — Cf. Saint-Père, t. II, p. 494, n. 37 (1120-1150). — Cluny, n° 4309 (1186), t. V, p. 669.

(2) Testament de Hugues de Vaudémont (1235) ; *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 448 : Ego Hugo comes Wademontis, notum facio universis quod in bona hilaritate mea feci et disposui divisionem terræ meæ coram domino meo Ligio comite Barri-ducis, et coram aliis multis hominibus, sub forma inferius notata. — *Adde* le protocole final, voir *supra*, p. 450, note 1.

(3) Pars I, ch. 57, § 4 (éd. Tardif, p. 48). Quisquis homo potest dare de terra sua in elemosinam usque ad terciam partem sue hereditatis,

devient au siècle suivant une ruine complète. Les temps anarchiques sont passés : une autorité plus régulière maintient un ordre plus pacifique ; les particuliers commencent à compter sur l'autorité publique, sans se croire obligés d'organiser eux-mêmes la sanction de leurs dispositions privées. On devine au langage des chartes que les esprits s'instruisent et que les mœurs s'adoucissent.

CHAPITRE IV

EXERCICE ET LIMITES DU DROIT DE TESTER

Le droit canon de sa nature était favorable aux extensions de la liberté de tester : les traditions romaines et l'intérêt de l'Eglise, bénéficiaire habituelle des actes à cause de mort, l'engageaient également à ne pas entraver les initiatives individuelles. Mais il dut compter, dans la France septentrionale, avec des forces antagonistes qui arrêtèrent l'essor des tendances libérales. La Féodalité imposait à certaines terres une domination hostile aux changements de tenanciers, et à certaines personnes une servitude incompatible avec la gestion indépendante d'un patrimoine. D'autre part, les survivances de l'antique communauté de famille faisaient d'un même immeuble, au moins en espérance, la chose de plusieurs, et subordonnaient la volonté du chef aux intérêts de ses coassociés. Bref, un réseau d'incapacités et d'indisponibilités enlaçait les propriétés comme les propriétaires.

I

Incapacités.

Yve de Chartres (1) énumère cinq catégories de per-

(1) Decretum, XVI, c. 188 (éd. de 1647, p. 439) Non omnibus licet facere testamentum : statim enim ii qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent. *Item*. Testamentum facere non

sonnes incapables de tester : les *alieni juris*, les impubères, les *furiosi*, les sourds et les muets. Mais, si l'on remarque que ce passage n'est qu'un extrait de Justinien (1), et qu'il vise les testaments proprement dits, à une époque où ceux-ci n'étaient pas admis par nos coutumes françaises, on conclura qu'on ne peut pas considérer l'article d'Yve de Chartres comme le résumé complet et exact du droit du XIe siècle en ces matières.

Lorsque la compétence testamentaire fut reconnue aux cours d'Église, il fallut bien qu'une jurisprudence se formât sur la question des incapacités, et quelques décisions du *corpus juris canonici* supposent ou consacrent un petit nombre de règles précises.

C'est ainsi qu'une Décrétale d'Innocent III (2) implique pour les aliénés l'impossibilité de laisser une disposition de dernière volonté valable. D'autres textes infligent à certains criminels, entre autres déchéances, la perte du droit de tester : les usuriers morts avec leur péché seront privés de sépulture, et leurs offrandes ne seront pas reçues, décide Alexandre III au Concile de Latran (3).

possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi, quia mente carent. Neque ad rem pertinet, si impubes postea pubes factus, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, et decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur. Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit : non qui tarde exaudit. Nam et mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur.

(1) Institutes, II, 12.

(2) X. III. 27, c. 3.

(3) X. V. 19, c. 3. Quia in omnibus fere locis ita crimen usurarum invaluit, ut multi, aliis negotiis prætermissis, quasi licite usuras exerceant, et qualiter utriusque testamenti pagina condemnentur, nequaquam attendant : ideo constituimus, quod usurarii manifesti nec ad communionem admittantur altaris, nec Christianam, si in hoc peccato decesserint, accipiant sepulturam, sed nec oblationes eorum quisquam

Conformément à ce principe, le très ancien coutumier de Normandie (1) et l'enquête faite dans cette province en 1205 (2) nous apprennent qu'après le décès d'un usurier tous ses meubles sont confisqués au profit du souverain, à moins que le *de cujus* sur son lit de mort n'ait opéré de sa propre main la distribution de ses richesses. Les hérétiques (3), plus généralement les condamnés à mort et les forbannis (4), voient leurs biens confisqués, ce qui implique qu'ils n'ont pas le droit d'en déterminer le sort.

Pour les serfs, le Décrêt de Gratien (5) pose en thèse

accipiat. Qui autem acceperit, vel Christianæ tradiderit sepulturæ, et ea, quæ acceperit, reddere compellatur, et, donec ad arbitrium episcopi sui satisfaciat, ab officii sui maneat exsecutione suspensus.

(1) Pars I, ch. 49 (éd. Tardif, p. 40) : Si aliquis usurarius obierit, et usuram notam sacramento duodecim vicinorum hominum per annum et diem ultimum vite sue tenuerit, omnia catalla ejus habebit Dux, in cujuscunque terra manserit usurarius ; uxori enim et ejus liberi nichil habebunt de catallis, nec presbiteri similiter. Uxori et liberis hereditas remanebit.

(2) *Layettes*, n° 785, t. I, p. 297 : Item diximus per sacramentum nostrum de rebus usurarii, quod, quamdiu usurarius est in lecto egritudinis, si distribuat res suas propria manu sua, stabile est : post mortem vero usurarii, omnes res sue domini regis erunt, si probatum fuerit quod infra annum ante mortem commodaverit ad usuram.

(3) 4me Concile de Latran (1215) ; Labbe, t. XI, col. 148-150. Cité par Julien Havet, *L'hérésie et le bras séculier au Moyen Age*, au t. II des *Œuvres Complètes*, p. 164 et note 4.

(4) Très ancien Coutumier de Normandie, Pars I, ch. 88, § 1 (éd. Tardif, p. 98) Si aliquis ad mortem condempnatus fuerit per judicium propter delictum suum, vel subterfugiens justiciam forisbannitus fuerit, vel fugiens ad ecclesiam terram abjuraverit, omnia bona ejus sunt Regis, et edificia comburuntur, et arbores destruuntur, et terra ejus tenetur in manu Regis usque ad annum et diem ; et deinceps domino feodi terra illa redditur.

(5) Pars II, causa XIII, quæstio II, IV. Pars. Gratian. Servus enim testamenti paginam condere non potest. Unde Gelasius Papa scribit Honorio Episcopo : C. V. *Servus testamentum facere non potest.* Illud etiam sinceritatem tuam volumus non latere, ad nos fuisse perlatum, quod Ampliatus conductor, quem non solum servum constat

qu'ils n'ont pas la faculté de tester. Les affranchis, en revanche, jouissent de cet avantage, disent les Assises de la Cour des Bourgeois (1) ; mais ils sont tenus, à défaut

esse ecclesiæ, sed ita rationibus a multis temporibus implicatum, ut, etiam si esset ingenuus, donec ratiocinia cuncta deduceret, modis omnibus obnoxius haberetur, ausu temerario molitus fuerit paginam condere testamenti, cujus omne peculium ecclesiastico juri legibus non dubitetur obstrictum. Quapropter his presumptionibus vice nostra tua fraternitas contradicat, nec fieri prorsus aliqua subreptione permittat. Ac si eidem quicquam humanitus forte contigerit, quia grandevus esse memoratur, mox ejus sine dilatione substantiam precipiat unanimitas tua filiis ejus duntaxat, quibus patrimonium probatur esse commissum, sub fideli descriptione contradi, donec temporibus universis, quibus hoc patrimonium gubernasse cognoscitur, partes dominicas reddere cogatur indemnes.

(1) Ch. 203 (éd. Beugnot, p. 137). *Ici orrés la raison dou batié ou de l'esclave batiée qui est morte, et ait fait testament, et quel raison a en ces choses celui ou cele qui le franchi, ce est qui le fist faire Crestien.*

S'il avient que aucun esclaf ou esclave que son seignor ou sa dame ait fait faire Crestien et franchi, et celuy batié ou batiée vient à mort et fait testament, la raison coumande et juge que celuy seignor ou cele dame de celuy batié ou de cele batiée n'en ont puis nule raison ès choses de celuy batié, contre sa volenté, puis qu'il a fait devise, ou soit que celuy batié ait enfans ou non... Et se il ne fist testament et il avet enfans, si comande la raison que tout det estre de ces enfans ce qu'il avet, par dreit. Et s'il n'avet point de leaus enfans, mais avet autres enfans de sa mie, la raison juge et comande que celuy batié ou batiée est tenus de laisser, à sa mort, à son seignor ou à sa dame qui le franchi, la tierce part de tous ces biens, et en maisons et en aveir, et des autres deus pars peut bien faire sa volenté. Mais se il ne laissa se à son seignor ou à sa dame la raison juge et coumande que le seignor ou la dame de celuy batié ou batiée pueent prendre le tiers de tout ce que celuy avet laissé de tous ceaus et de toutes celes personnes à qui il averet ces choses laissées, ou sans testament ou o testament, dedens l'an et le jor que celuy batié ou batiée avera esté mort..... Et tout autel dreit come est devisé que a le seignor ou la dame ès choses de son batié ou de sa batiée tout autel raison y ont les anfans dou seignor ou de la dame de celuy batié, puis que leur pere ou lor mere sont mors, et le deivent partir igaument entre aus, car ce est dreit et raison.

de postérité, de laisser au patron ou à ses descendants le tiers de leur fortune.

Enfin, la capacité des clercs fait l'objet d'une minutieuse réglementation canonique. Il est rappelé en maints endroits du *Corpus* que les prêtres et les évêques disposent librement de leur fortune propre, sous la condition de respecter scrupuleusement le patrimoine de l'Église (1). Tous les biens qu'ils ont acquis, soit avant leur ordination, soit à une époque quelconque par succession ou du moins *intuitu personae*, peuvent faire l'objet d'un testament régulier. Au contraire, les richesses mobilières (2) qui ne leur sont parvenues qu'à raison de leur charge échappent à leur action dispensatrice ; il leur est seulement permis d'attribuer à titre d'aumône quelques sommes modiques aux pauvres ou à leurs serviteurs (3). Par contre, il est interdit, de la façon la plus absolue, aux moines et religieuses de faire le moindre don ou legs (4). C'est la conséquence logique du vœu de pauvreté par lequel les réguliers ont abdiqué tout droit de propriété (5).

II

Le disponible. - Les limitations féodales.

Si la détermination des incapacités se rattache à l'étude

(1) Gratien, Pars II, Causa XII, quaestio 5, c. 1. c. 2, c. 4, c. 5. — X. III, 26, c. 1, c. 7, c. 9. — Cf. *Ordonnances*, t. I, p. 2 (1105).

(2) X. III, 26, c. 12.

(3) X. III, 26. c. 8 et c. 12.

(4) X. III, 26. c. 2. — D'un passage de la *Cour des Bourgeois* semble résulter le contraire (ch. 189 ; éd. Beugnot, p. 127 : on règle spécialement l'hypothèse où les clercs et religieuses meurent *desconfés*). Mais bien que l'éditeur (cf. note c) n'élève aucun doute sur l'authenticité du texte, il est difficile de ne pas y voir une erreur de rédaction ou de copie.

(5) X. III, 35. c. 6.

de la hiérarchie sociale et de l'organisation familiale, la recherche des conditions sous lesquelles il est permis de disposer pénètre plus avant encore au sein des difficultés que soulèvent ces problèmes essentiels du droit public et privé. Les questions d'inaliénabilité ou de réserve mettent en jeu la constitution même de la propriété foncière, et de celle-ci dépendait au Moyen-Age le système complet des relations juridiques. Deux causes restreignent pour l'individu la liberté des aliénations en vue de la mort : le régime féodal et la copropriété de famille.

Primitivement, les fiefs, et plus généralement l'ensemble des tenures, étaient viagers, par conséquent intransmissibles et inaliénables (1). D'assez bonne heure, il est vrai, le principe d'hérédité fut introduit et appliqué en des cas de plus en plus nombreux ; mais les règles de succession étaient déterminées par l'acte de concession ; la volonté de l'homme n'y pouvait déroger : en devenant transmissible, la tenure restait inaliénable. Aussi, les chartes du xe siècle rédigées en vue de la mort ne contiennent-elles aucune allusion à des donations de terres occupées à titre de précaire ou de bénéfice ; de pareilles aliénations eussent été irrégulières. Ce régime originel a d'ailleurs laissé un souvenir que l'on retrouve aux *Libri feudorum* (2) et

(1) Cf. Esmein. *Histoire du droit français*, 3e éd. p. 194 et sq., 211 et sq. — Beaune. *Conditions des biens*, p. 206, 254. — D'Espinay, *La Féodalité et le Droit Civil*, p. 293 et sq. — Boissonade. *Histoire de la Réserve*. p. 214 et sq.: 228 et sq. — Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de la France*. t. IV. p. 326 ; — t. VII, p. 430. — Viollet, *Histoire du Droit*, 2e éd., p. 634 et sq., p. 665 et sq. — *Histoire des institutions*. t. I. p. 430 et sq.

(2) I. 8. *de successione feudi*. Si quis igitur decesserit filiis et filiabus superstitibus : succedunt tantum filii æqualiter, vel nepotes ex filio, loco sui patris : nulla ordinatione defuncti in feudo manente, vel valente.



dans *Glanville* (1). Cependant, il était possible au seigneur de valider par une ratification la mutation que le premier titulaire n'était pas en mesure de parfaire de sa propre autorité. Si les approbations de ce genre n'apparaissent que très rarement au xe siècle (2), elles se généralisent au xie, et nombre de documents de cette époque relatent des libéralités consommées par le consentement du seigneur (3). Il est donc incontestable qu'on prend l'habitude de disposer des tenures dont on est concessionnaire ; seulement les supérieurs féodaux gardent un droit de contrôle (4), et pour les fiefs spécialement, leur

(1) VII, 5 § 4 (Phillips, t. II, p. 397). De hereditate vero nihil in ultima voluntate disponere potest, ut predictum est.

(2) Voir cependant Cluny, n° 738 (949), t. I, p. 694 : quod et potentissimi comites Ugo et Geslebertus rationabile considerantes, laudaverunt, et hanc noticiam, in Dei nomine, confirmaverunt. — Peut-être St-Père, t. I, p. 86, n° 2 (988) : la charte porte le *signum* d'un *præsul*, et d'un *comes* ou *patricius*.

(3) St-Père, t. I, p. 95, n° 4 (ante 1024). Seniori quoque meo Odoni, comiti inclito, proceribusque suis, trado corroborandum, ut sequens in evum firmum et inconvulsum permaneat quod insertum est. — t. I, p. 143 n° 20 (ante 1070) : una cum consensu senioris mei Rodberti filiique ipsius Rodberti, ex cujus beneficio est, cedo... quandam ecclesiam. — t. II, p. 504, n° 48 (1092-1120) — Redon, n° 295 (1081-1083), p. 246.

(4) St-Père, t. I, p. 232, n° 7 (1081) Ego Willelmus de Sumbone, militiæ armis accinctus, terrenarum rebus locupletissimus..... notum esse volo quod quidam meus fidelis, nomine Sulpicius, votum habuit in cœnobio sancti Petri Carnotensis, ab hoc deceptili seculo nudus, veri Dei famulatui se mancipari, et beneficium quod ex me tenebat, in territorio Carnotensi, clavigeri summo ac monachis inibi militantibus, in stipendiis ipsorum, relinquere..... Nos autem duximus illud beneficium quale sit ostendere, id est quicquid in parroechia domni Germani, in æcclesia videlicet, in decimis, in terris cultis et incultis, silvis et militibus, ac omnibus exquisitis et inquirendis, videbatur ex me tenere. Hoc totum pro anima sua præfatus Sulpicius apostolorum principi et ejus monachis reliquit. Quod et ego, Eustachii abbatis et monachorum prece ductus, cum uxore mea Ermengarde et unico filio, vocabulo mei nominis nuncupato, pro redemptione animarum nostrarum, fieri volui : et, die Purificationis almæ matris Domini, super altare Petri

adhésion reste la condition nécessaire d'un changement de vassal (1). Relativement aux tenures inférieures, il est des seigneurs qui valident d'avance toutes les largesses que leurs hommes seraient tentés de faire à tel couvent (2). L'usage se répand au XIIe siècle (3), et se maintient au XIIIe (4), d'octroyer à tous les habitants d'un territoire déterminé le droit de disposer librement de leurs possessions : les vilenages sont véritablement entrés dans

apostoli assensum posui, atque hanc cartam publice astipulando crucis signo corroboravi. Pro qua re a præfato abbate centum solidos carnotorum nummorum accepi, meaque conjux duas auri uncias, et filius meus renonem unum varium.

(1) Cf. Libri feudorum, I, 13 : II, 9, 34 § 2, 39, 40.

(2) Saint-Père, t. I, p. 143, n° 20 (ante 1070). Do itidem licentiam meis militibus, ut, si concedere voluerint ex decimis quas ex me tenent, eidem loco dent sine ullo contradictu.

(3) Cluny, n° 4205 (1161-1172), t. V, p. 550, § 12. Voir *supra*, p. 401, note 1. — Charte de Laon (1189) ; *Layettes*, n° 358, t. I, p. 153. Voir *supra*, p. 376, note 2. — *Privilegia burgensium castri Exolduni ab Odone domino Exolduni, confirmata* (1190), *Layettes*, n° 380, t. I, p. 164 : Omnibusque in eo habitantibus, tam in sanitate quam in egritudine corporis constitutis, res suas dum vixerint cuicumque voluerint dare licebit..... Et nisi vivens res suas disposuerit vel ordinaverit, nullusque fuerit cui jure hereditario res eveniant, dittioni mee subiciantur et reddigantur, hoc videlicet modo ut ecclesiis, pro exequiis eorum, ecclesiastica jura persolvantur. — Toutefois, ce dernier texte, qui permet aux bourgeois de disposer de leurs biens *tant qu'ils restent en vie*, exclut peut-être par là même les libéralités testamentaires.

(4) Lettres de Philippe-Auguste, par lesquelles il confirme les anciens privilèges des habitants de Poitiers (1204) ; *Ordonnances*, t. XI, p. 290, § 2 : Concessit autem eis quod quando aliquis eorum ad finem vite sue perveniens, elemosinam suam divisam habuerit, plenarie et integre teneatur ; et qui in elemosinam illam violentiam fecerit, a Domino ville Pictavie defendatur, custodiatur, et teneri cogatur. — Charta Ludovici regis pro communia S. Johannis Angeliacensis. *Layettes*, n° 1663 (1224), t. II, p. 37 : Concedimus etiam ut eis et eorum heredibus ad libitum suum puellas et viduas suas nuptui tradere... ; et ultima testamenta sua, prout voluerint, ordinare sive ore proprio, sive per ministerium amicorum.

le commerce. Les fiefs ne suivent le mouvement que d'une marche plus lente. Sans doute le concours effectif du suzerain aux actes *mortis causa* dont ils sont l'objet tend à devenir plus rare à mesure que les années s'écoulent; mais ces interventions ne disparaissent cependant pas complètement (1), et j'en trouve encore un exemple en 1235 : Hugues de Vaudémont (2) règle la répartition de ses terres entre ses enfants en présence du comte de Bar à qui il doit l'hommage lige, et il demande à ce personnage de confirmer ce partage testamentaire. En Normandie, on s'arrête à un système transactionnel dont le très ancien Coutumier nous instruit (3) : chacun peut disposer à son gré du tiers de sa tenure, sans consentement de qui que ce soit ; mais si les ancêtres ont déjà procédé à de pareilles mutilations de leurs domaines, les descendants ont besoin, pour une nouvelle libéralité, de l'approbation du seigneur et de l'assentiment de leurs propres héritiers. On assigne ainsi à l'inférieur une sphère

(1) Saint-Père, t. II, p. 425, n° 31 (1101-1129) : Hildegardis, uxor Ansoldi de Mongeri Villa, cum moreretur, reliquit nobis in elemosina terram quam habebat apud Moenvillam, quam vir suus prior Radulfus, qui cognominatus est Bigotus, emerat atque ei propriam ad quicquid vellet faciendum dederat. Et Paganus de Mongeri Villa nobis eam concessit ipse et uxor ejus Adelais, et filii ejus omnes et filie, et Hugo vicecomes Castridunensis, qui supremus dominus erat. — T. II, p. 479, n° 17 (1101-1129) : Hanc igitur donationem recognovi et affirmavi coram domno Willelmo Goeto, et Eustachia, uxore ejus. — Cf. Saint-Père, t. II, p. 494, n° 37 (1120-1150). — Cluny, n° 4309 (1186), t. V, p. 669.

(2) Testament de Hugues de Vaudémont (1235) ; *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 448 : Ego Hugo comes Wademontis, notum facio universis quod in bona hilaritate mea feci et disposui divisionem terræ meæ coram domino meo Ligio comite Barri-ducis, et coram aliis multis hominibus, sub forma inferius notata. — *Adde* le protocole final, voir *supra*, p. 450, note 1.

(3) Pars I, ch. 57, § 4 (éd. Tardif, p. 48). Quisquis homo potest dare de terra sua in elemosinam usque ad terciam partem sue hereditatis,

d'activité où il se meut en pleine indépendance ; mais on a soin de limiter par de strictes barrières le champ où sa générosité peut ainsi se donner carrière.

III

Le disponible. — Les limitations familiales.

Un phénomène analogue précise aux abords du XIIIe siècle les droits de la famille dans les biens de l'individu. Cette détermination du disponible et de la réserve fut le dernier terme d'un développement assez confus, dont l'analyse présente de graves difficultés. Nous en sommes réduits, pour la période d'élaboration, aux renseignements que fournissent incidemment les chartes concrètes, et bien des points obscurs restent encore à éclaircir. De la masse des documents antérieurs à la diffusion du testament proprement dit, se dégagent toutefois avec netteté deux faits d'une importance capitale : c'est d'abord le concours habituel des parents aux aliénations consenties par un de leurs proches ; c'est ensuite la distinction parfaitement consciente des biens héréditaires et des acquêts.

et si antecessores sui tocius hereditatis sue terciam partem jam prius dederint, ipse autem heres de reliquis II partibus terciam partem dare non poterit in elemosinam, nisi assensu heredum suorum et dominorum feodi : domini autem feodi feoda sua amitterent et hominum suorum servicia, et ecclesia fere omnia tenementa possideret. — Pars II, ch. 89 (p. 99) § 1. Quilibet potest donare usque ad terciam partem liberi tenementi sui in elemosinam vel pro servicio suo ; et ideo non fit prejudicium domino feodi, quia semper exercebit justitiam suam in feodo suo pro jure suo..... § 2. Si autem donator sine herede decesserit, vel terram forisfecerit, ad dominum redibit totum feodum, non obstante donatione, nisi assensum prebuerit : hoc etiam fit heredibus invitis.



Aux xe et xie siècles, les disposants associent régulièrement aux donations que leur inspire la pensée de la mort, pour ne parler que de celles-là, les personnes qui leur sont unies par les liens du sang ou de l'affection : les enfants (1) et le conjoint (2) en première ligne, puis les père et mère (3), les frères et sœurs (4), les neveux (5), les parents en général (6), même les amis et les fidèles (7),

(1) Cluny, n° 160 (910-927), t. I, p. 159; — n° 127 (910-927), t. I, p. 139; — n° 367 (928), t. I, p. 345; — n° 3535; (1079), t. IV, p. 656: — n° 4020 (1131), t. V, p. 374. — Pérard, p. 39, n° 25 (964); — p. 177 (1027): — p. 177 (1029): — Saint-Père, t. I, p. 87, n° 5 (ante 987); — t. I, p. 63, n° 8 (978): — t. I, p. 219, n° 45 (1078): — t. I, p. 225, n° 103 (ante 1080): — t. I, p. 232, n° 7 (1081): — t. II, p. 370, n° 158 (1129-1150): — p. 373, n° 162 (1130-1150); — p. 596, n° 103 (c. 1150): - Redon, n° 320 (c. 1080, p. 272; — n° 340 (1096), p. 290; — n° 346 (1123), p. 297; — n° 360 (1066), p. 311; — n° 370 (1112), p. 323; — n° 389 (1144), p. 346.

(2) Cluny, n° 116 (910-927), t. I, p. 131; — n° 127 (910-927), t. I, p. 139; — n° 367 (928), t. I, p. 345; — n° 1004 (956), t. II, p. 98; — n° 2780 (1023), t. III, p. 804; — n° 3672 (1093 ?), t. V, p. 25. — Saint-Père, t. I, p. 237, n° 12 (ante 1102); - t. II, p. 373, n° 162 (1130-1150); t. II, p. 396, n° 183 (1151-1171); — t. II, p. 488, n° 29 (1101-1129): — t. II, p. 504, n° 48 (1092-1120); — Redon, n° 308 (1066-1075), p. 260; — n° 370 (1112), p. 323.

(3) Cluny, n° 491 (938), t. I, p. 475; — Pérard, p. 177 (1029); — Redon, n° 349 (1136), p. 300; — n° 372 (1108-1133), p. 325.

(4) Cluny, n° 1311 (971-972) t. II, p. 387; — n° 3524 (1078), t. IV, p. 645. — Pérard, p. 227 (1136). — Saint-Père, t. II, p. 504, n° 48 (1092-1120); — t. II, p. 593, n° 99 (1108); — Redon, n° 329 (c. 1100), p. 280; — n° 360 (1066), p. 311; — n° 361 (1066), p. 312; — n° 372 (1108-1133), p. 325.

(5) Cluny, n° 160 (910-927), t. I, p. 159; — n° 1311 (971-972), t. II, p. 386. — Saint-Père, t. II, p. 373, n° 162 (1130-1150); — Redon, n° 389 (1144), p. 346.

(6) Cluny, n° 160 (910-927), t. I, p. 159; — n° 738 (949), t. I, p. 694. — Saint-Père, t. I, p. 89, n° 6 (984); — t. II, p. 370, n° 158 (1129-1150); — t. II, p. 494, n° 37 (1120-1150); — t. II, p. 597, n° 104 (1101-1129).

(7) Cluny, n° 738 (949), t. I, p. 694; — n° 3755 (c. 1100), t. V, p. 108; — n° 3672 (1093 ?), t. V, p. 25.

donnent leur assentiment à la libéralité qu'on leur soumet; il semble qu'avec le temps on tende constamment à élargir le cercle de ces *laudatores*. D'autre part on prend soin d'indiquer les origines de propriété du bien en cause : les chartes ou notices ne manquent pas de marquer si le donateur l'a recueilli dans la succession de ses ancêtres (1), ou s'il en est devenu maître par l'exercice de son activité personnelle (2).

Mais une fois posées ces deux remarques certaines, il devient très délicat de répondre aux questions qui se présentent immédiatement à l'esprit : l'intervention de la famille était-elle de nécessité juridique, ou simplement d'usage et de convenance? Les acquêts à ce point de vue étaient-ils soumis au même régime que les propres, ou la coutume admettait-elle une liberté plus grande pour les uns que pour les autres? En regardant les textes de près, on remarque qu'il n'était pas possible de priver les descendants de la totalité du patrimoine : l'absence d'enfants, nous l'avons vu, était une condition nécessaire de l'institution contractuelle (3); nous trouvons donc ici la reconnaissance

(1) Cluny, n° 116 (910-927), t. I, p. 131 : — n° 119 (910-927), t. I, p. 133 : — n° 128 (910-927), t. I, p. 139 : — n° 160 (910-927), t. I, p. 159 ; — n° 164 (910-927), t. I, p. 161 : — n° 367 (928), t. I, p. 345 : — n° 491 (938), t. I, p. 475 : — n° 738 (949) ; t. I, p. 694 ; — n° 770 (950), t. I, p. 725 : — n° 1157 (963), t. II, p. 246 : — n° 1167 (963), t. II, p. 254 : — n° 2974 (1048-1049), t. IV, p. 169 : — n° 3361 (c. 1060), t. IV, p. 455 : — n° 3524 (1078), t. IV, p. 647 : — n° 3765 (c. 1100), t. V, p. 117. — Pérard, p. 39, n° 25 (964). — Saint-Père, t. I, p. 89, n° 6 (984) : — t. I, p. 219, n° 95 (1078) : — t. II, n° 99, p. 593 (1108). — Redon, n° 295 (1081-1083), p. 245 : — n° 329 (c. 1100), p. 280 : — n° 360 (1066), p. 311 : — n° 361 (1066), p. 312 : — n° 387 (1148), p. 344 : — n° 389 (1144), p. 347.

(2) Cluny, n° 116 (910-927), t. I, p. 131 — n° 2514 (c. 1000), t. III, p. 589 ; — n° 4020 (1131), t. V, p. 375. — Saint-Père, t. II, p. 370, n° 158 (1129-1150).

(3) Voir *Supra*, p. 405.

d'un droit formel au profit des fils et des filles, en face d'un acte qui les dépouillerait complètement. Lorsqu'il s'agit au contraire de parents plus éloignés ou de dispositions partielles, les chartes ne nous indiquent plus rien de précis : n'est-on pas tenté de conclure de ce contraste que le seul cas où la coutume arrête par un obstacle inéluctable l'action du chef de famille est celui où les enfants courent le risque d'une exhérédation absolue? D'autres indices viennent en effet corroborer cette supposition : il est des chartes qui n'hésitent pas à affirmer catégoriquement la liberté pour l'individu de disposer de ses biens (1). Et de fait la coopération des proches, pour etre fréquente, n'est pas absolument universelle. Il n'est pas très rare, surtout au xe siècle, que des propres soient aliénés pour cause de mort sans qu'il soit fait mention du consentement d'aucun parent (2). On serait mal venu à objecter que le disposant n'avait peut-être pas de famille, car il prévoit expressément en certaines de ces hypothèses une contradiction possible de la part de ses héritiers (3). D'autre part,

(1) Cluny, n° 205 (917), t. I, p. 193. Voir *supra*, p. 414, note 1. — St-Père, t. I, p. 95, n° 4 (ante 1024) : Quoniam permanet scriptum atque sancitum in decretis veterum, si quis nobilium laicorum aliquam aecclesiam vel aliquod monasterium de propriis hereditatibus honoraverit, vel donationem fecerit, nullatenus nec a filio nec ab aliquo successore repetere : idcirco ego, etc... — *Chartularium insignis ecclesiæ Cenomanensis*, n° 85 (1142-1186), p. 44 : Confessus est etiam idem Brito, quod plateas et omnia edificia sua, juxta domum illam sita, cui vellet ei dare licebat.

(2) Cluny, n° 119 (910-927), t. I, p. 133 ; — n° 128 (910-927), t. I, p. 139 ; — n° 164 (910-927), t. I, p. 161 ; — n° 1157 (963), t. II, p. 246 ; — n° 1520 (980), t. II, p. 569 ; — n° 2974 (1048-1049), t. IV, p. 169 ; — n° 3765 (1100), t. V, p. 117. — St-Père, t. II, p. 310, n° 59 (1117). — Redon, n° 308 (1066-1075), p. 260.

(3) Cluny, n° 116 (910-927), t. I, p. 132 : Si quis vero, quod minime esse credimus, si nos ipsi aut ullus homo, aut aliquis de parentela nostra hanc kartam calumniare voluerit, non vindicet quod repetit... — n° 770 (950), t. I, p. 725 : Si quis vero, si ego, aut ullus de here-

la *laudatio* de l'entourage du *de cujus* intervient en des cas et dans des conditions où elle n'est certainement pas de rigueur : non seulement pour des donations d'acquêts (1), ce dont on pourrait concevoir la nécessité : mais pour des restitutions de biens injustement détenus (2); non seulement de la part de parents éloignés, ce qu'on serait également en droit de croire obligatoire, mais du chef de personnes qu'aucun lien légal ne rattache au *de cujus* et qu'il appelle simplement ses amis (3). On est alors conduit à l'hypothèse suivante : en dehors du cas d'institution d'héritier frustrant les descendants, aucune

dibus meis, contra hanc donationem aliquam calumniam generare presumpserit, non vindicet quod repetit... — Savigny, n° 867 (c. 1100), t. I, p. 457 : Hoc donum tali convenientia facio, ut, si infra terminum et in peregrinatione mea obiero, tota hæreditas mea, absque ulla contradictione et calumnia parentum meorum et aliorum hominum, in possessione ecclesiæ Beati Martini transeat.

(1) St-Père, t. II, p. 370, n° 158 (1129-1150). Voir *supra*, p. 428, note 1. — Cf. St-Père, t. II, p. 425 n° 31 (1101-1129) : la situation des personnages en cause reste assez obscure.

(2) St-Père, t. II, p. 496, n° 39 (1079-1101)... omnem decimam ejus que Arguentiacus dicitur ville, ad quandam, quam in villa cui nomen Spelltereole habemus, ecclesiam jure ecclesiastico pertinentem, nobis non ut suam dederunt ; sed, ut nostre ecclesie, de cujus parrochia est illa quam supranominavimus villa, competentem, guerpo super altare propriis manibus posito, diu a se quamvis injuste possessam, restituerunt. Quod primogenitus frater eorum Willelmus concessit... — Cluny, n° 4020 (1131), t. V, p. 375 : Wichardus de Anton, qui defunctus est, nobis audientibus, omnes malas consuetudines quas juste vel injuste requisierat in terra Beati Petri, ubicumque sit, et quas pater ejus in illa non habuerat, omnino guerpivit in manu Stephani, tunc temporis decani de Romano... Ad hec ego Wichardus, filius Wichardi de Anton, surrexi, et secundum tenorem horum verborum elemosinam patris mei et testamentum laudando confirmavi, et confirmo.

(3) Voir les exemples cités, p. 467, note 7. — Assez souvent, en outre, certains personnages approuvent l'acte, sans qu'on note ce qui les qualifie à cet effet : Cluny, n° 619 (943), t. I, p. 576 ; — n° 706 (947-948), t. I, p. 660 ; — n° 1121 (961), t. II, p. 212.

règle expresse n'arrêtait la liberté de l'homme en lui opposant un droit inviolable de sa famille. Mais étant données les tendances profondément communautaires de l'époque, étant donnée l'étroite solidarité qui resserrait en un seul faisceau tous ceux que rapprochait la parité du sang, étant donnée la force associatrice qui confondait les volontés individuelles en une action unique, il paraissait naturel de faire coopérer les héritiers présomptifs d'un bien aux actes qui en les privant d'une expectative légitime les atteignait dans leurs intérêts directs. Les époux, de par la primitive communauté conjugale, collaboraient pour les aliénations comme pour les acquisitions : en vertu d'une communauté moins nettement définie mais réelle cependant. les divers membres de la famille, représentés par ceux du degré le plus proche (1), participaient aux opérations les plus graves pour le patrimoine de tous. Une extension de la même idée a pu faire admettre à l'assemblée de famille des amis sans autre titre officiel. Les particuliers imitaient leur seigneur, convoquant ses vassaux à sa cour pour leur demander un conseil et une approbation; on voit parfois de véritables assises privées se tenir au chevet d'un mourant, lorsqu'il s'agit pour lui de régler ses dernières dispositions. Il semble qu'il y ait à sa charge un devoir moral de prendre l'avis de ceux qui lui tiennent de plus près, et lorsqu'il y faillit ceux-ci ne se font pas scrupule d'attaquer ses opérations (2).

Quelle était la valeur et l'efficacité de ces réclamations? Hors le cas extrême de l'institution contractuelle, je croirais volontiers que les juges examinaient la difficulté en

(1) St-Père. t. II. p. 373. n° 162 (1130-1150) Concessit hoc et Robertus. prefati datoris nepos. qui in serie cognationis propinquior veniebat.

(2) St-Père. t. I. p. 184. n° 58 (1062) : — t. II. p. 307 n° 53, (1116-1124).

fait, pour la trancher dans une absolue indépendance. La question n'était pas de savoir si le disposant s'était conformé à des principes *in abstracto* qu'on n'avait pas pris la peine de définir ; mais bien plutôt de décider *in concreto* s'il avait bien ou mal agi. L'origine des biens, les motifs de la libéralité, la situation de fortune des plaignants pouvaient entrer en ligne de compte aux yeux du tribunal : et il est certain qu'on devait se montrer beaucoup plus difficile pour annuler une donation d'acquêts (1) que pour mettre à néant une disposition de biens propres. L'hypothèse d'une pareille souveraineté jurisprudentielle n'est pas invraisemblable à une époque où l'on ne songeait guère à multiplier les garanties contre l'arbitraire judiciaire (2), et elle me paraît seule capable de concilier l'antinomie entre le principe de liberté affirmé ou supposé par plusieurs textes, et les pratiques de coopération familiale dont témoignent une multitude de documents. Nous lisons d'ailleurs dans Glanville (3) l'indication d'un

(1) Cartulaire de la Trinité de Vendôme, éd. Galland, charte de 1039, p. 24 : et quia emptio sua erat poterat eam dare cui volebat. Cité par d'Espinay, *La Féodalité et le droit civil*, p. 302, note 2.

(2) C'est le régime dont Rome se contenta longtemps pour la *querela inofficiosi testamenti*. Voir Girard, *Droit Romain*, 2e éd., p. 840 et sq. — Maynz, *Droit Romain*, 5e éd., t. III, p. 376.

(3) VII, 1, § 5 (éd. Phillips, t. II, p. 391) Cum quis autem de terra sua in maritagium vel alio modo donat, aut habet hereditatem tantum, aut questum tantum, aut hereditatem et questum. Si hereditatem tantum, poterit quidem ex eadem hereditate quandam partem donare, ut dictum est, cuilibet extraneo, cuicunque voluerit..... § 6 Si vero questum tantum habuerit is, qui partem terre sue donare voluerit, tunc quidem hoc ei licet, sed non totum questum : non potest filium suum heredem exheredare, verumtamen, si nullum heredem filium vel filiam ex corpore suo procreaverit, poterat quidem ex questu suo cuicumque voluerit quandam partem donare, sive totum questum hereditabiliter..... § 7 Sin autem et hereditatem et questum habuerit, tunc indistincte verum est, quod poterit de questu suo quantamlibet partem sive totum cuicunque voluerit, donare ad remanentiam ; de hereditate

système qui semble bien une dérivation de celui que nous venons de décrire. Le jurisconsulte anglais règle le jeu des donations entre-vifs de la manière suivante : si le disposant n'a que des propres, il peut en distraire au profit d'un étranger « une certaine quantité », qui n'est pas autrement déterminée ; s'il n'a que des conquêts, il peut attribuer au bénéficiaire de son choix une partie de ses terres en présence d'enfants, la totalité en présence d'héritiers plus éloignés ; s'il a enfin tout à la fois des propres et des conquêts, les conquêts restent à son entière discrétion, tandis qu'il ne peut disposer des propres que « raisonnablement ». Nous retrouvons ici, avec la préférence accordée aux enfants sur tous autres parents, avec la différence établie entre les propres et les acquêts, l'indétermination de la part susceptible d'être enlevée à la famille ; c'est affaire judiciaire, non point législative ni coutumière, que d'en fixer le montant. Or, ce pouvoir d'appréciation du juge est précisément le point essentiel sur lequel s'appuie la doctrine que nous essayons de justifier.

Le même chapitre de Glanville, passant en revue les conditions de validité des donations, exige que le disposant soit en bonne santé (1) ; s'il agit *in extremis*, les

vero sua nihilominus dare potest, secundum quod predictum est, dum scilicet rationabiliter hoc fecerit.

(1) VII, 1, § 4 (Phillips, t. II, p. 391) Licet autem ita generaliter cuilibet de terra sua rationabilem partem pro sua voluntate cuicunque voluerit libere in vita sua donare ; in extremis autem agenti non est hoc cuiquam hactenus permissum, quia possit tunc immodica fieri hereditatis distributio, si fuisset hoc permissum illi, qui fervore instantis passionis et memoriam et rationem amittit, quod nonnunquam evenire solet, unde presumeretur, quod si quis in infirmitate positus ad mortem, distribuere cepisset terram suam, quod in sanitate sua minime facere voluisset, quod potius proveniret illud ex furore animi, quam ex mentis deliberatione : posset tamen hujusmodi donatio in ultima voluntate alicui facta ita tenere, si cum consensu heredis fieret et ex suo consensu confirmaretur.

libéralités immobilières ne lui sont permises que moyennant le consentement de son héritier. Cette règle se rattache à une vieille tradition germanique, d'après laquelle les donateurs de meubles devaient avoir conservé un certain degré de vigueur physique (1). Le but de cette prescription était de protéger les héritiers contre les générosités tardives, dont un malade, déjà détaché des choses de ce monde, se serait donné le mérite à leurs dépens. Les Barbares n'appliquaient pas ce principe aux donations foncières, parce que celles-là restaient en toute hypothèse subordonnées au consentement des héritiers. Mais nous concevons qu'en autorisant le propriétaire à accomplir seul et sans contrôle des actes gratuits de plus en plus importants, on lui ait imposé, comme frein modérateur, la nécessité de subir personnellement les conséquences de ses largesses, en d'autres termes, d'être encore valide à l'heure où il se dépouille. C'est la décision à laquelle s'est arrêtée la coutume anglaise (2), et que Glanville nous expose.

Faut-il croire que le même régime se soit appliqué en France ? Rien ne nous autorise à l'affirmer, et des signes certains nous donnent le droit de le nier. Je ne sache pas qu'aucun texte rédigé sur notre sol fasse allusion à cette dose de force corporelle qui serait requise chez les donateurs ; et lorsque le Coutumier d'Outre-Manche s'explique sur cette question, il essaye de légitimer sa solution par une présomption d'aliénation mentale quelque peu étrange (3) : apparemment, il y a là une extension récente

(1) Voir Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, t. II, p. 197 et sq : — Beseler, *Die Lehre der Erbverträge*, t. I, p. 1 et 2, note 1.

(2) Le droit allemand subit une évolution parallèle, voir Heusler, *l. c.*, t. II, p. 199.

(3) Là encore il y a analogie avec les procédés de la jurisprudence

de l'idée ancienne, et l'auteur sent le besoin d'en fournir une justification. Comment admettre qu'un précepte qui, dans son application aux immeubles, constituait une innovation pour l'Angleterre du XIIe siècle, ait formé dans les mêmes termes le droit commun de la France au cours des deux cents années antérieures ? Les chartes ne se prêtent nullement à une pareille supposition. Non seulement quelques-unes d'entre elles, tout en déclarant que l'auteur agonise, se dispensent de signaler le consentement d'aucun héritier (1); mais on voit en maintes circonstances les morts eux-mêmes donner par les mains de leurs « aumôniers » sans qu'on se soucie d'une *laudatio* quelconque (2) ; et le document le plus net à ce point de vue, celui qui montre le plus distinctement l'action du défunt à travers les mouvements de ses exécuteurs, est précisément celui qui pose avec le plus d'absolutime le principe de libre disposition pour le *de cujus* (3). La même charte nous permet de pressentir les causes du phénomène : elle est toute romaine de terminologie et d'inspiration; ce sont donc les souvenirs romanistes qui, en faisant échec aux tendances germaniques, ont écarté la règle de la santé nécessaire.

Ce résultat relevé pour le Xe siècle, nous en constatons encore la persistance au XIIe. Un nommé Radulfus (4), gravement atteint de la maladie dont il mourut, se fit

romaine pour fonder la *querela*. Voir Girard, *l. c.*, 2me éd., p. 839. — Maynz, *Droit Romain*, 5me éd., t. III, p. 374.

(1) St-Père, t. II, p. 292, n° 35 (1101-1129). — Redon, n° 295 (1081-1083), p. 245.

(2) Cluny, n° 472 (937), t. I, p. 458 ; — n° 1578 (981), t. II, p. 623.

(3) Cluny, n° 205 (917), t. I, p. 193. — Voir *supra* p. 414, note 1.

(4) St-Père, t. II, p. 306, n° 53 (1116-1124). Voir *supra*, p. 395, note 1.

moine au couvent de Saint-Père de Chartres, en aumônant à l'abbaye une partie de ses possessions. La famille sans doute n'était pas intervenue à l'acte, car ses beaux-frères et son frère en contestèrent la valeur devant le tribunal de l'évêque. Le prélat rejeta la prétention des héritiers et donna gain de cause aux moines (1116-1124). C'était repousser, par avance, le principe que quelques années plus tard Glanville devait formuler et préconiser en Angleterre.

Toutefois, nous devons retenir l'antipathie de tous les peuples soumis à l'influence germanique à l'égard des dispositions de la dernière heure, prises à l'approche et en vue de la mort. Cette défiance traditionnelle survivait à coup sûr dans l'esprit des jugeurs féodaux, et il est vraisemblable qu'ils se montraient plus disposés à admettre les réclamations de la famille contre une donation *in extremis* que contre une libéralité consentie en pleine santé. Aussi les malades prenaient-ils leurs précautions avec plus de soin que les hommes bien portants, et si l'on parcourt les cartulaires, on remarque que la *laudatio* des proches, sans être parfaitement universelle pour aucune espèce d'opérations, accompagne plus régulièrement que tous autres les actes conclus par un moribond (1).

Lorsque reparurent les véritables legs, ils subirent tout naturellement les restrictions de fait, sinon de droit, qui s'étaient imposées antérieurement aux équivalents approximatifs dont ils venaient reprendre la place. En se différenciant plus nettement par leur nature intime des actes entre-vifs, ils provoquèrent au point de vue du disponible une distinction plus précise, dont la fixation fut également favorisée par le réveil à peu près concomitant de l'esprit scientifique.

(1) Comparer les chartes citées p. 469, note 2, et p. 475, note 1.

Glanville (1) prohibe tout testament qui porterait sur un immeuble; d'après lui, les legs ne peuvent avoir pour objet que la moitié ou le tiers des meubles, selon que l'auteur est célibataire ou marié. En France, il est très malaisé de suivre le mouvement qui pendant le XIIe siècle fit évoluer la coutume dans le sens d'une précision plus rigoureuse, et en partant d'une aversion vague contre l'acte *mortis causa* réussit à l'amener jusqu'à l'admission d'un disponible et d'une réserve exactement définis. L'habitude des *laudationes* persiste longtemps encore (2) : on les retrouve à la fin d'actes entre-vifs ou à cause de mort, à propos de conquêts ou de propres : c'est une preuve de plus qu'il ne faut pas attacher une importance trop dogmatique aux pratiques analogues de l'âge antérieur. Mais il fallait arriver à une réglementation positive des droits de la famille ; les progrès de la science juridique poussaient les hommes de loi dans cette voie; l'acte à cause de mort surtout, naturellement personnel et individuel, appelait une détermination *a priori* de la quotité disponible, qui permît à chacun de statuer sur le sort de sa fortune en connaissance de cause, et sans être à la merci de parents plus ou moins complaisants. Les Cours d'Église ont dû favoriser et hâter ce travail, pour lequel le droit romain

(1) VII. 5. § 4 (Phillipps, t. II. p. 397). Cum quis in infirmitate positus testamentum facere voluerit, si debitis non sit involutus, tunc omnes res ejus mobiles in tres partes dividentur equales; quarum una debetur heredi, secunda uxori, tertia vero ipsi reservatur, de qua tertia liberam habebit disponendi facultatem; vero si sine uxore decesserit medietas ipsi reservatur. De hereditate vero nihil in ultima voluntate disponere potest, ut predictum est.

(2) Pérard, p. 243 (1170). — Certificat de 1192 : *Bulletin*, 1884, p. 232, n° 3. — Cluny, n° 4309 (1186), t. V, p. 669. — Certificat de 1190 ; *Bulletin*, 1884, p. 231, n° 2. Ici la *laudatio* est précédée de *vexationes* de la part des parents. — Cart. de N. D., t. I, p. 296, n° 12 (1200).

leur fournissait un modèle toujours vénéré ; et comme elles ne trouvaient dans leur propre législation d'autre limite à la liberté testamentaire que la Légitime et la Falcidie, comme elles désiraient pour les testateurs une large indépendance dont les établissements religieux profiteraient à coup sûr, elles ont sans nul doute aidé nos coutumes à s'ouvrir, malgré tous les préjugés contraires, à un disponible relativement libéral. Nous avons dit comment en Normandie l'intérêt de la famille a rejoint l'intérêt féodal : la réserve des deux tiers protège l'héritier aussi bien que le seigneur, et il faut le consentement de l'un comme de l'autre pour permettre de nouvelles largesses au tenancier dont le père a épuisé le disponible (1). A Paris, dès le début du XIII[e] siècle, le cinquième des propres (2), sans parler des meubles et conquêts (3), peut être distribué par acte testamentaire. C'est le système qui deviendra le plus commun en nos pays du Nord : la *réserve coutumière* est définitivement organisée. Chacun sait désormais quels sont ses droits et ses obligations, et l'on voit se multiplier les

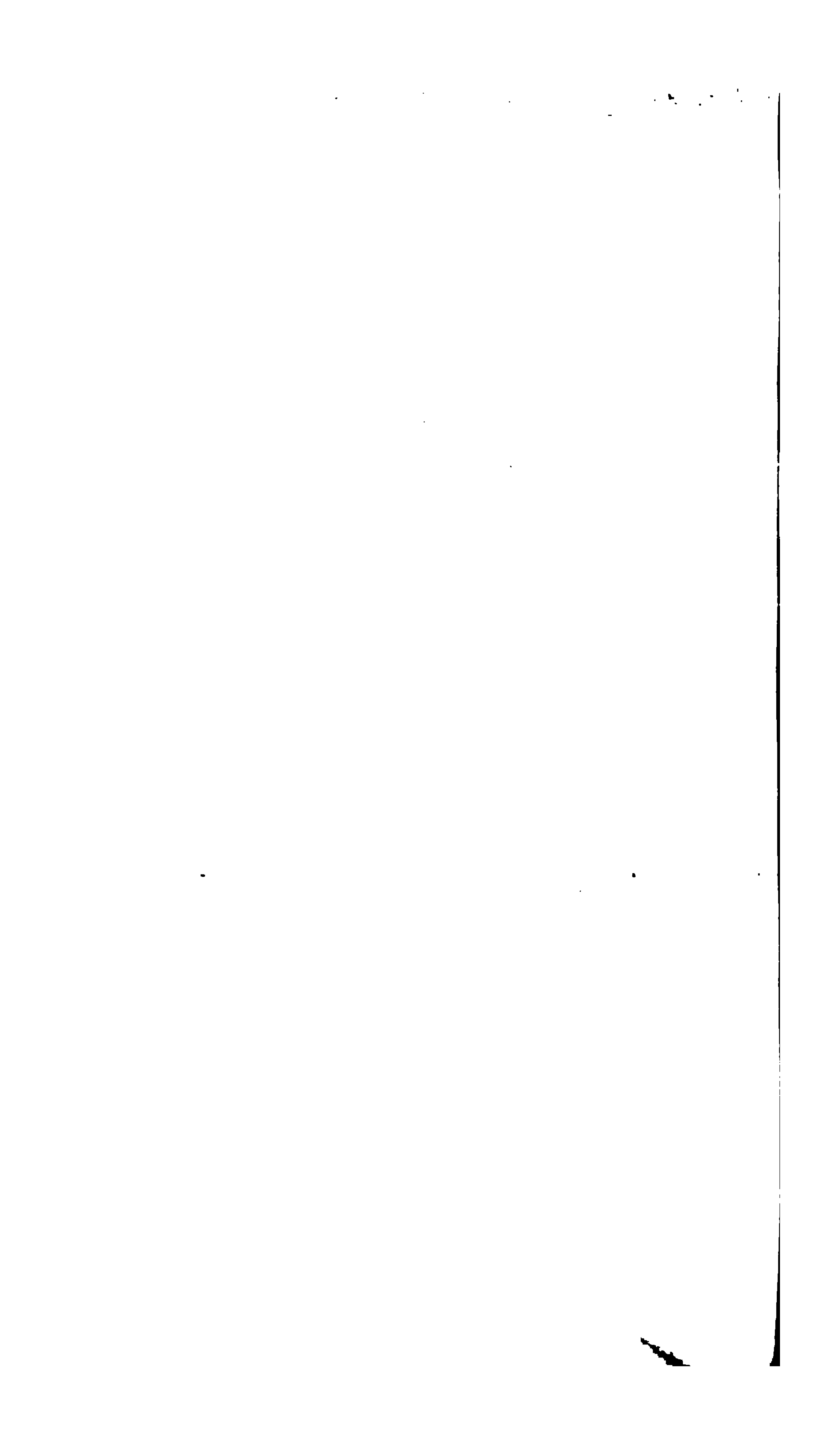
(1) Très ancien Coutumier de Normandie, Pars I, ch. 57, § 4 (éd. Tardif, p. 48). Voir *supra*, p. 465, note 3.

(2) Lois de Simon, comte de Montfort, de 1212 (éd. Galland, p. 357) : cuilibet, sive militi, sive rustico, licitum erit legare, in eleemosyna, de hereditate propria, usque ad quintam partem, ad consuetudinem et usum Franciæ, circa Parisius.

(3) En ce qui concerne les meubles et conquêts, l'absolue indépendance du disposant ressort nettement du testament de Mile de Trémont (1236) : *Bulletin*, 1884, p. 237, n° 10 : Adhuc voluit et concessit, omnia autem supradicta legata voluit et precepit, ut ad monetam turonensium de mobilibus suis solvantur. Si autem aliquid de mobilibus residuum fuerit, pauperibus erogetur. Si vero mobilia sua ad predicta persolvenda non sufficerent, de suis omnibus conquisitis perficiatur. — Et, bien entendu, aucun parent n'intervient pour donner un consentement. — Cf. acte de 1229-1240 (*Bulletin*, 1884, p. 240, n° 12), qui montre bien la différence entre les meubles et les immeubles propres, l'aliénation de ceux-ci étant entourée de garanties inusitées pour ceux-là.

testaments (1) où le disposant ordonne ses volontés dernières de sa seule autorité, en dehors de parents dont les prétentions resteront contenues, quoi qu'il arrive, dans des limites fixées d'avance et connues de tous.

(1) Cart. de N. D., t. I. p. 396, n° 27 (1189); — t. I. p. 419. n° 5 (1235). - Testament de Philippe-Auguste (1222); voir l'Appendice.— Testament de Louis VIII (1225); *Layettes*, n° 1710. t. II. p. 54. — Testament de Girard de Vinneuf (1225); *Bulletin*, 1884. p. 236. n° 9. — Testament de Mlle de Trémont (1236): *Bulletin*. 1884. p. 237. n° 10. — Testament de la duchesse Agnès (1226): *Histoire de Lorraine*. t. II. Preuves. col. 438.



TITRE II

EVOLUTION DU TESTAMENT MERIDIONAL

Relativement aux matières qui nous occupent, le droit septentrional a complètement renouvelé ses principes fondamentaux au cours du Moyen-Age, puisqu'il a fini par reconnaître l'acte à cause de mort qu'il ignorait au début de cette période. Le Midi n'a pas souffert de révolution si radicale ; il n'a subi qu'une évolution normale, modifiant la manière d'être d'une institution qui n'avait jamais cessé d'être. Le testament subsiste à toute époque dans la vie méridionale. Mais ce n'est plus au xe siècle qu'un acte sans règle certaine, et pour ainsi parler, une substance amorphe. La renaissance du droit romain lui rendit la précision d'une organisation savante. Mais ce ne fut pas une reconstitution pure et simple de l'œuvre des jurisconsultes classiques ; le christianisme, le germanisme et la féodalité avaient modifié les éléments sur lesquels s'opérait le travail de la pratique et de la science : c'est donc une variété nettement différenciée du type testamentaire que nous présente la jurisprudence des pays de droit écrit. Nous l'étudierons dans sa formation et son développement, suivant le même plan que pour les pays coutumiers, en quatre chapitres symétriques de ceux du précédent titre.

CHAPITRE PREMIER

FONCTION DU TESTAMENT. — COMPÉTENCE EN MATIÈRE TESTAMENTAIRE

Les testaments du Midi se présentent avec un cachet beaucoup moins profondément religieux que les documents correspondants du Nord. On n'a plus le sentiment d'un peuple essentiellement, presque exclusivement dominé par l'idée chrétienne, et les préoccupations du temps disputent le pas, dans les chartes d'avant la mort, aux pensées de l'éternité. Deux causes peuvent expliquer ce fait : d'un côté, l'acte testamentaire était familier aux populations méridionales ; elles n'éprouvaient aucune répugnance à l'utiliser pour le règlement d'intérêts de famille, dont au Nord la coutume tranchait seule le conflit, sans intervention de la volonté de l'homme. D'autre part, l'enthousiasme religieux, en Provence ou au comté de Toulouse, n'atteignit jamais la même exaltation qu'au sein de la vraie France. Plus enclins à l'hérésie (1), les habitants du Sud étaient moins passionnément dévoués à la foi catholique, moins disposés aussi à suivre aveuglément la direction de l'Église.

(1) Il suffit de rappeler le succès de l'arianisme, du catharisme et du calvinisme.

I

Fonction sociale du Testament.

La tiédeur religieuse des provinces du Midi doit s'entendre, on le devine, de façon toute relative : même en ces régions les legs pieux existent et occupent une place importante. Au xe siècle, ils représentent souvent une valeur considérable (1), et même à l'âge postérieur, il est rare qu'un testateur omette de leur faire une place (2) : en général, lorsqu'on prend ses dispositions en vue de la mort, on tient à assurer le payement de ses dettes (3), à réparer les torts qu'on a causés à autrui (4), et à laisser à l'Église une aumône expiatoire (5). Mais il n'en est pas moins

(1) *Histoire du Languedoc*, éd. Dulaurier, t. V, no 58 (933), col. 161 ; — no 95 (953), col. 216 ; — no 109 (960) col. 236 ; — no 118 (969) col. 260 ; — no 130 (978), col. 284 ; — no 150 (990), col. 316 ; — no 151 (990), col. 320 ; — no 152 991), col. 324.

(2) Voyez cependant *Histoire du Languedoc*, t. V, no 504 (1129), col. 957. — *Layettes*, no 576 (1199-1200), t. I, p. 216.

(3) *Histoire du Languedoc*, t. V, no 474 (1121), col. 893 ; — no 599 (1154), col. 1172 ; — T. VIII, no 14 (1172), col. 291. — no 47 (1182), col. 366. — no 146 (1209), col. 575. — no 285 (1230), col. 922. — *Layettes*, no 969 (1211), t. I, p. 371 ; — no 1044 (1213), t. I. p. 390.

(4) *Histoire du Languedoc*, t. V, no 402 (1098), col. 758 ; — no 420 (1106), col. 791 ; — no 580 (1150), col. 1119 ; — no 599 (1154), col. 1172. — T. VIII, no 14 (1172), col. 291. — *Layettes*, no 969 (1211), t. I, p. 371.

(5) *Histoire du Languedoc*, t. V, no 474 (1121) ; col. 890. — Cf. t. V. no 402 (c. 1098), col. 758. Testament d'Adhémar, vicomte de Toulouse, où l'on voit le legs pieux accessoire de la confession. — *Adde* Saint Victor, no 1089 (c. 1080), t. II, p. 560 : Martino Baillo non permiserunt suum gadium dare, sicut decet omnes Christianos ad obitum mortis, et propter hoc monachi noluerunt eum visitare neque corpus Domini dare.

vrai que les dispositions à fins civiles sont grandement pratiquées. Elles interviennent dès les premiers temps du Moyen-Age, se développent constamment, deviennent la raison d'être et le pivot des testaments. Sans parler des libéralités adressées à des serviteurs (1), des amis (2), des parents (3), le chef de famille tient à créer à sa veuve un sort honorable et à répartir ses biens entre ses héritiers directs. Il attribue à son épouse, si elle lui survit, soit la propriété de quelques biens (4), soit plus souvent un large droit de jouissance viagère (5), l'un et l'autre en général sous la condition de ne pas se remarier (6). Par dessus tout, les nobles se soucient des nécessités féodales : pour maintenir l'indivisibilité de leurs grandes seigneuries, ils passent à un de leurs fils, d'ordinaire le premier né, leur titre le plus élevé, leur fief le plus riche (7), tandis que

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 126 (972), col. 274 ; — n° 164 (1005), col. 351. — *Layettes*, n° 1044 (1213), t. I, p. 390.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 109 (960), col. 236 ; — n° 126 (972), col. 274 ; — n° 164 (1005), col. 349.

(3) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 111 (961), col. 240; voir l'appendice : — n° 126 (972), col. 274 ; — n° 130 (978), col. 285 ; — n° 151 (990), col. 320 ; — n° 164 (1005), col 350 ; — n° 285 (1069), col. 561 ; — n° 499 (1128), col. 951 ; — n° 580 (1150), col. 1118 ; — n° 602 (1155), col. 1176 ; — t. VIII, n° 47 (1182), col. 365 ; — *Layettes* n° 1232 (1217), t. I, p. 446.

(4) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 162 (1002), col. 346 ; — n° 474 (1121), col. 893 ; — n° 499 (1128), col. 952 ; — n° 580 (1150), col. 1120 ; — *Layettes*, n° 969 (1211), t. I. p. 371 ; n° 1232 (1217), t. I, p. 446.

(5) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 115 (966), col. 256 ; — n° 150 (990), col. 318 ; — n° 462 (1118), col. 866 ; — n° 509 (1154), col. 1172 ; — t. VIII, n° 47 (1182), col. 366. — *Layettes*, n° 247 (1173), t. I, p. 106 ; — n° 969 (1211), t. I, p. 371.

(6) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 115 (966), col. 256 ; — n° 150 (990), col. 318 ; — n° 509 (1154), col. 1172 ; — t. VIII, n° 47 (1182), col. 366. — *Layettes*, n° 247 (1173), t. I, p. 106 ; — n° 969 (1211), t. I, p. 371.

(7) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 115 (966), col. 256 ; — n° 162 (1002), col. 344 ; — n° 462 (1118), col. 866 ; — n° 474 (1121), col.

les puînés et les filles ne reçoivent que des châtellenies inférieures et semblent souvent réduits à un legs de consolation (1). Comme ils veulent prolonger cette organisation pendant un long avenir, ils ordonnent des substitutions (2) qui conservent à leur race le patrimoine ancestral, et, si faire se peut, le concentrent aux mains d'un mâle. Le testament devient ainsi l'instrument par lequel les barons du Midi maintiennent la forte situation de leur famille, représentée par quelques-uns de ses membres : c'est la charte qui décide des destinées des maisons illustres (3), et qui en perpétue la puissance avec la fortune par la suprématie d'un aîné privilégié.

II

Règles de compétence.

La fonction du testament ainsi comprise devait évidemment réagir sur les questions de compétence : les juges d'Église n'étaient que très imparfaitement fondés à réclamer la connaissance d'actes qui s'occupaient principalement d'intérêts temporels. Ce n'est pas à dire cependant qu'ils ne se soient jamais mêlés, dans le Midi, de procès tes-

890) : — n° 504 (1129), col. 958 : — n° 599 (1154), col. 1172 : — n° 602 (1155), col. 1176 ; — t. VIII, n° 14 (1172), col. 288 ; — n° 146 (1209), col. 574 : — n° 285 (1230), col. 921.

(1) Voir les chartes citées à la note précédente.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 111 (961), col. 245 : — n° 115 (966), col 255 ; — n° 474 (1121), col. 891 : — n° 602 (1155), col. 1177. — T. VIII, n° 14 (1172), col 289 : — n° 146 (1209), col. 574.

(3) Coutumes de Montpellier (1204), § 52 : *Layettes*, n° 721, t. I, p. 260 : Omne testamentum et omnis quelibet ultima voluntas inter liberos vel parentes vel inter extraneos..... — Cf. Viollet, *Histoire du Droit*, 2e éd., p. 850.

tamentaires. Les coutumes de Bigorre (1), dès la fin du XI[e] siècle, ouvraient la porte à leur intervention en accordant à l'évêque compétence judiciaire lorsqu'il s'agissait de « délivrer les âmes » : les litiges relatifs aux legs pieux venaient assez naturellement se ranger sous cette rubrique; et en effet les déclarations sous serment des témoins d'un acte à cause de mort furent parfois reçues par l'autorité épiscopale (2). La juridiction canonique s'était donc fait accepter. Mais nous voyons aussi cette *recitatio* du testament s'accomplir en présence d'un *judex* évidemment laïque (3) : et la coutume de Montpellier, reconnue et jurée

(1) Coutumes de Bigorre (1097), § 28. (Giraud, *Histoire du droit français au Moyen Age*, t. I, Pièces justificatives, p. 23) : Nunquam judex sit comes aut episcopus, nisi episcopus de solvendis animabus.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 47, § 1 (1182), col. 366 : Totum, sicut superius in hac carta continetur, esse verum omnes predicti testes super sancta Dei Evangelia corporaliter juraverunt *coram Joanne Magalonensi episcopo, qui hæc sacramenta et testium depositiones recepit*, anno quo supra, mense decembri, in castro Montispessulani, in sala, in præsentia Guillelmi Maurini archidiaconi Magalonensis, etc. — Cf. n° 14, § 2 (1180), col. 292.

(3) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 499 (1128), col. 950 : In secularibus legibus reperitur scriptum, ut voluntas defuncti juxta modum quarti ordinis edita firmissum robur obtineat, si testes ipsi qui hoc audierint et rogati a conditore extiterint, hoc quod injunctum habuerint infra sex mensium spatium una coram judice juratione confirment ejusdemque juramenti conditione tam sua manu quam testium corroborent, et sic voluntas defuncti plenam habeat firmitatem. Idcirco juramus nos testes Arnallus Poncii et Guillelmus Berengarii et Bernardus Poncii decanus, per Deum et super altare sancti Stephani protomartiris, cujus ecclesia est constructa in vico Helne, in comitatu Rossilionensi, quia vidimus et audivimus et præsentes adfuimus ipsa die et hora, quando Bernardus Petri de Sancto Cypriano, detentus ægritudine qua obiit, in suo sensu atque memoria disposuit hanc suam ultimam voluntatem in suis tantummodo verbis, quam nos præscripti testes ab illo rogati legaliter, id est infra sex menses,

par le seigneur du lieu, s'occupe avec détail de la législation testamentaire (1) : il faut bien en conclure que les tribunaux dépendant de ce seigneur étaient appelés à appliquer ces règles de droit. Il y avait en ces matières une juridiction laïque concurrente de celle de l'Église. Si on se rappelle les haines que le clergé avait soulevées au Midi. et qui trouvèrent leur expression la plus énergique dans l'adhésion des « Albigeois » au catharisme, on est bien près de penser qu'en fait le juge temporel dut être plus souvent saisi que le juge spirituel.

insistente judice, sacramentis nostris confirmamus et manuum nostrarum signis atque testium corroboramus. — Cf. t. V. n° 602 (1155), col. 1178.

(1) Consuetudines villæ Montispessulani a Petro Aragonum rege, domino Montispessulani, et a Maria ejus uxore concessæ. *Layettes*, n° 721, t. I, p. 255 et sq. (Mention du serment, p. 265). Les § 52 et sq. sont consacrés au testament (p. 260 et 261).

CHAPITRE II

RÈGLES DE FOND

Les types variés d'actes à portée posthume que les pays du Nord avaient multipliés ne furent pas inconnus des régions méridionales : on rencontre sur leur territoire des donations sous réserve de jouissance (1), des donations entre-vifs ordonnées à l'article de la mort (2), des institutions contractuelles (3). Mais on y voit surtout des testaments strictement dits, que l'auteur peut révoquer jusqu'à son dernier jour (4), et qui ne produisent d'effets de droit qu'au moment de son décès.

(1) Saint Victor, n° 217 (1070), t. I, p. 238; — n° 304 (1064-1079), t. I, p. 323. — Lérins, n° 63 (1060), p. 60. — *Gallia Christiana*, t. I, *Instrumenta ecclesiæ Aptensis*, n° 13 (c. 1115), p. 78.

(2) *Histoire du Languedoc*. t. V, n° 207, § 2 (c. 1085), col 417; n° 420 (1106), col. 792. — Saint Victor, n° 1019 (1218), t. II, p. 479.

(3) Saint Victor, n° 255 (1034), t. I, p. 278; — n° 354 (c. 1060), t. I, p. 366; — n° 551 (1069), t. I, p. 546. — *Gallia Christiana*, t. I, *Instrumenta ecclesiæ Aptensis*, n° 12 (c. 1115), p. 78. — *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 232 (1224), col. 787.

(4) Les allusions à la révocabilité sont fréquentes dans les chartes : *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 58 (933), col. 162; — n° 162 (c. 1002), col. 346 : Sic habeat firmitatem ista scriptura, si ego Rogerius non hoc desfaciam, si ego non hoc camvio cum meo gradiente animo. — t. V, n° 499 1128), col. 952; — t. VIII, n° 146 (1209), col. 573 : facio testamentum meum, si de me in hoc itinere decedebat. — t. VIII, n° 285 (1230), col. 921 : Si me priori mori contingerit, antequam aliud testamentum faciam, istud volo esse

I

Institution d'héritier.

On se rappelle qu'aux temps Carolingiens le testament, tout en subsistant comme principe au Midi, s'était débarrassé de la technique savante où l'avaient enfermé les jurisconsultes de Rome : l'institution d'héritier, particulièrement, avait cessé d'en être l'indispensable soutien. Ce régime s'est prolongé à travers le Moyen-Age : pendant plusieurs siècles, les actes à cause de mort ne furent qu'un agrégat de legs ou de fidéicommis. Les provinces du Sud-Est leur donnaient le nom de *gadium* (1), dont je

firmum et stabile omni tempore. — Saint Victor, n° 551 (1069), t. I, p. 546 : Propterea ego vivens et sanus, in mea recte memoria, presens testamentum facio, non tale quale solet esse gadium quod potest esse denuo commutari, sed ut sit hec karta donatio firma et stabilis, quam nec ego ipse neque ulla persona possit deincebs destruere, sive agere contra illam. — *Layettes*, n° 576 (1199-1200), t. I, p. 216 : Sciendum est quod Arnaldus Stefanus de Lantare, et Petrus de Sancto Anatolio, et Gilelmus de Baladvila, venerunt ante Arnaldum de Auriaco, quando erat in infirmitate sua de qua obiit, et interrogaverunt eum si volebat removere illum computum quod antea, cum suo bono sensu, factum abebat in manibus eorum et Gillelmi Stefani de Lantare ; quod licenciam abebat, si volebat. — *Layettes*, n° 1044 (1213), t I, p. 390 : statuens firmiter atque precipiens ut testamentum, quod in partibus meis feci ultimo ante istud, quod cum sigillis ydoneorum virorum sollempniter fuit consignatum, in omnibus obtineat firmitatem, exceptis illis qui in hoc testamento ultimo comutantur.

(1) Saint Victor, n° 362 (c. 1060), t. I, p. 371 ; n° 466 (c. 1060), t. I, p. 468 ; — n° 524 (XIe s.), t. I, p. 518 ; — n° 551 (1069), t. I, p. 546 ; — n° 757 (c. 1045), t. II, p. 100 ; — n° 812 (1081. — c. 1110), t. II, p. 160 ; — n° 957 (1198), t. II, p. 397 — n° 1089 (c. 1080), t. II, p. 560. — Lérins, n° 21 (XIe s.), p. 19 ; — n° 70 (XIe s.), p. 67 ; — n° 71 (XIe s.), p. 68. — Cf. Coutume de Montpellier (1204), § 12 ; *Layettes*,

ne puis m'expliquer l'étymologie. Mais le terme le plus fréquent, surtout vers l'Ouest, est *testamentum* (1). On trouve aussi *divisionalis* (2) et *codicellus* (3). Aucune différence juridique ne sépare ces trois expressions: à l'occasion même on les accouple l'une à l'autre sans scrupule (4). Le mot *divisionalis* éveille l'idée d'une répartition de patrimoine ordonnée par le disposant, d'ordinaire entre ses enfants. Quant au *codicellus*, le *Brachylogus* (5) le distingue du *testamentum*, en s'attachant notamment au nombre des témoins: mais la pratique ne tient aucun

n° 721, t. I, p. 256 : les mots *moritur intestatus* et *moritur sine gadio* sont employés comme synonymes. — Voir Du Cange, v° *gadium*, t. III, p. 455, col. II : t. VI, p. 722, col. 1 : — Raynouard, *Lexique roman*, t. III, p. 440, col. 1.

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 95 (953), col. 216 ; — n° 130 (978), col. 288 : — n° 150 (990), col. 316 : — n° 164 (c. 1005), col. 349 ; — n° 285 (1069), col. 561 : — n° 420 (1106), col. 792 ; — n° 462 (1118), col. 867 : — n° 474 (1121), col. 890 ; — n° 504 (1129), col. 958 ; — n° 520 (1132), col. 983. — Coutumes d'Albi (1220) ; § 1 *in fine* ; Giraud, *Histoire du droit Français au Moyen Age*, t. I, pièces justificatives, p. 85. — Le *Brachylogus* contient une bonne définition du testament : II, 19, § 1 (éd. Böcking, p. 59). Testamentum vero est ultimum elogium, quo directo relinquitur hereditas. — Par contre, au n° 551 (1069) du cartulaire de saint Victor, *testamentum* désigne une charte incomutable, par opposition à *gadium*, qui annonce un acte à cause de mort véritable (t. I, p. 546), voir *supra*, p. 488, note 4. — Cf. Lérins, n° 239 (1096), p. 247.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 109 (c. 960), col. 236 ; — n° 115 (966), col. 255 ; — n° 162 (c. 1002), col. 344.

(3) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 111 (961), col. 240 ; — n° 126 (c. 972), col. 174.

(4) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 501 (1129), col. 953 : fatio hunc meum testamentum et divisione de omnibus que habeo et tali modo scribere jubeo. — t. V, n° 127 (977), col. 181 : sicut Aymericus sanctae memoriae testatus est, et corroboratus est in sui plenae rectaeque memoriae, in codicello testamenti sui.

(5) *Brachylogus*, II, t. XXXII, § 2 (éd. Böcking, p. 72) : Et in testamento septem testes adhibentur, in codicillis vero quinque sufficiunt.



compte de ces classifications d'école (1). Le même ouvrage doctrinal imposait au testament comme une nécessité l'institution d'héritier (2), à laquelle les *Exceptiones Petri* faisaient elles aussi des allusions (3). De fait les notaires et leurs clients en ignoraient l'usage : on procédait toujours à une énumération détaillée des biens laissés à tel bénéficiaire (4) : tout au plus se permettait-on de régler par une disposition à titre universel la dévolution de tous les meubles et de tous les acquêts (5).

Il faut arriver au milieu du XIIe siècle pour constater un revirement. Par son testament de 1150 (6), Roger.

(1) Nous avons, dans l'*Histoire du Languedoc*, des *testamenta* à 5 témoins (ex. : t. V, n° 520, 1132 ; col. 983) ou même à 3 (ex. : t. V, n° 504, 1129 ; col. 958) ; — et par contre des *codicelli* à 6 témoins, plus le testateur (t. V, n° 111, 961 ; col. 240).

(2) *Brachylogus*, II, 21, § 1 (éd. Böcking, p. 61) Qui autem testatur heredem instituere oportet.

(3) *Exceptiones Petri*, I, 16 et 18 (Savigny, *Histoire du droit romain*, trad. Guenoux, t. IV, p. 303) — Cf. Usatici Barchinone Patrie (1068), §. 78 (Giraud, *Histoire du droit français au Moyen-Age*, t. II, p. 481).

(4) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 95 (953), col. 216 ; — n° 109 (c. 960), col. 236 ; — n° 111 (961), col. 240 ; — n° 126 (c. 972), col. 274 ; — n° 162 (c. 1002), col. 344 ; — n° 462 (1118), col. 865 ; — n° 474 (1121), col. 889 ; — n° 501 (1129), col. 953 ; — n° 504 (1129), col. 957. — Cluny, n° 4014 (c. 1130), t. V, p. 368.

(5) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 285 (1069), col. 561 : Si alium alodem adquisiero vel comparavero qui de meis parentibus non fuisset, illum sine nullo dubio ad Sanctum Michaëlem dominum meum dimitto... Aliud namque meum omne avere mobile cum nostri corporis glebam ab seniorem meum sanctum Michaëlem et monachis inibi degentibus jubeo et ammoneo dari. — t. V, n° 499 (1128), col. 952 : Et de omni suo mobili dimisit medietatem pro anima sua, solutis suis debitis, et aliam medietatem Gislæ uxori suæ.

(6) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 580 (1150), col. 1118 : Deinde dono et laudo et cum omni integritate dimitto Raimundo Trencavel fratri meo totum honorem meum, civitates videlicet atque burgos, castra, villas atque dominia, feudos, alodos, acapites, pignoras et acquisitiones omnesque rectitudines meas, ubicumque



vicomte de Carcassonne, laisse à son frère Raymond Trencavel « intégralement sa souveraineté tout entière, savoir : les cités, les bourgs, les châteaux-forts, les maisons de culture avec leur territoire, les fiefs, les alleux, les tenures, les concessions, les acquêts, et tous ses droits, sans distinguer entre ce qui a été recueilli dans la succession du vicomte Bernard-Aton son père, et ce qui provient ou proviendra d'une autre source, à l'exception seulement des biens que le testateur concède à ses hommes ou qu'il donne pour le salut de son âme. » Voilà bien une véritable institution d'héritier : mais le mot fait encore défaut. Nous retrouvons pareillement la chose sans le mot, quatre ans plus tard, dans le testament de Raymond Trencavel, l'institué de tout à l'heure (1). Enfin, en 1155, le testament de Guillaume de Montpellier (2) nous présente l'idée sous les expressions congruentes : « j'institue héritier mon fils Raimbald..., je lui laisse tous les biens et droits dont je n'ai pas disposé par ailleurs ». La clause est ressuscitée en sa forme caractéristique. Si l'on remarque la date où se fait sa rentrée dans le style des tabellions, il est difficile de ne pas rattacher sa réapparition à la renaissance des études romanistes. Un certain délai sans doute sépare

illas a Bernardo-Atone vicecomite patre meo sive ab alio aliquo homine habeo et habere debeo, excepto hoc quod reddo seu hominibus meis aut pro anima mea tribuo.

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 599 (1151), col. 1172 : Omnes meos alios honores et hæredidates et omnia mea jura ubicumque sint quæ ego habeo et habere debeo ullo modo vel homo vel fœmina per me, relinquo et dono integre Rogerio filio meo.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 602 (1155), col. 1176 : Raimbaldum filium meum in aliis bonis meis hœredem mihi facio, scilicet, etc... cum omnibus quæ in prædictorum terminiis et pertinentiis et appendiciis habeo vel habere debeo vel homo vel fœmina per me. Et relinquo eidem Raimbaldo omnia alia bona mea et jura quæ supra non sunt comprehensa.

les deux phénomènes ; mais quelques années étaient nécessaires pour permettre à la science d'imprimer à la pratique une impulsion sensible. On sait en outre comment il faut comprendre la réception des lois Justiniennes par les pays qu'on peut dès lors appeler *de droit écrit :* ce fut la reconnaissance du modèle idéal caché sous les usages locaux : il n'y eut, bien entendu, aucune promulgation officielle, et les coutumes particulières conservèrent leur autonomie sur les points où elles furent préférées aux compilations impériales. C'est ainsi qu'à Montpellier la coutume de 1204 (1) dispense les citoyens qu'elle régit de recourir à l'institution d'héritier. Il n'en est pas moins vrai qu'en général on resta fidèle à la clause remise en honneur (2). Les Assises de la Cour des Bourgeois (3) exigent même, conformément au droit classique, qu'elle précède tout autre disposition. La pratique occidentale, moins rigide, usa largement de la tolérance accordée sur ce point par Justinien (4) ; on créa des héritiers aussi bien à la fin du testament qu'au milieu ou au commencement.

Ces institués étaient protégés contre l'excès des legs et des fidéicommis par le droit à la quarte Falcidie, Pégasienne ou Trébellienne. Le souvenir de ces bénéfices ne s'était jamais complètement perdu, au moins dans les milieux instruits : les *epitome* répétaient confusément les

(1) § 55 (*Layettes*, n° 721, t. I, p. 260) : Omne testamentum per III testes factum sine heredis institutione valet.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 14 (1172), col. 288 ; — n° 47 (1182), col. 365 ; — n° 146 (1209), col. 575 ; — n° 285 (1230) col. 921. — *Layettes*, n° 247 (1173), t. I, p. 106 ; — n° 969 (1211), t. I, p. 371 ; — n° 1044 (1213), t. I, p. 390.

(3) Ch. 184 (éd. Beugnot, p. 123) : Testamenta vero et codicilli hoc modo constituuntur : primum omnium hœres instituitur a testatore, qui voluntatem juxta testatoris velle exequatur.

(4) C. J. VI, 23, c. 24 ; Institutes, II, 20, § 34.

échos du Bréviaire; le *Petrus* et le *Brachylogus* les reprennent et les accentuent. La terminologie de ces deux manuels est sans doute assez incertaine, car ils étendent à la légitime le nom de Falcidie (1); il n'en est pas moins vrai qu'ils affirment le droit à une quarte, même au profit d'un *extraneus*, par le seul fait de l'inscription comme héritier. Ils reproduisent à ce propos la réglementation Justinienne (2): le testateur est libre, dit le *Petrus* (3), d'écarter moyennant une déclaration expresse la réduction qui menace ses legs: s'il n'y a pas eu d'inventaire, ajoute le Brachylogus (4), le droit à la quarte est perdu, et le même ouvrage (5) adopte l'ancienne tradition qui exemptait de toute retenue les legs adressés à de pieux établissements. Quant aux canonistes (6), ils admirent naturellement un principe que consacrait l'autorité du *corpus juris civilis*,

(1) Petrus, I, 12 (Savigny, trad. Guenoux, t. IV, p. 302). — Brachylogus, II, 24 et 29 (éd. Bocking, p. 65 et 69).

(2) C. J. VI, 30, c. 22, §§ 14. — Nov. 1, ch. 1 et 2.

(3) *Exceptiones Petri*, I, 16 (Savigny, trad. Guenoux, t. IV, p. 303) : Si quis duos, vel plures heredes instituat, sub tali conditione, ut si aliquis illorum sine liberis legitimis decesserit, portionem suam hereditatis superstitibus restituat : tunc licet sine liberis morienti falcidiam suæ partis retinere, et cuicunque velit, relinquere, nisi specialiter testator dixerit, restitutionem faciendam, nulla retenta falcidia. Similiter falcidia retineri potest ex legatis et fideicommissis ultra modum relictis, nisi specialiter a testatore prohibitum sit.

(4) Brachylogus, livre II. Le t. 29 pose le principe de la Falcidie, et le t. 30 (p. 70) ajoute : Hoc autem auxilio ita demum scriptus heres utetur si, antequam hereditatem adeat, inventarium fecerit omnium rerum hereditariarum... Qui autem hanc observationem omiserit, ex suo proprio relicta solvere compelletur.

(5) Brachylogus, II, 31 (p. 71) : Minuitur vel excluditur etiam Falcidia, si piis locis legata vel fideicommissa fuerint derelicta.

(6) X. III, 26, c. 18.

et la Falcidie fut de jurisprudence courante dans les tribunaux de nos pays de droit écrit (1).

II

Clauses féodales.

Avant comme après la restauration de l'institution d'héritier, les éléments d'un testament, sous des noms divers, se sont prêtés à des combinaisons analogues et ont été modifiés des mêmes modalités. Le sort de chacun des enfants est minutieusement réglé, et bien souvent le père décide de leur avenir, non seulemeut sous le rapport pécuniaire, mais encore au point de vue personnel et moral : tel fils sera moine, et entrera au couvent avec un apport déterminé (2) ; telle fille est offerte en mariage à plusieurs gentilshommes, et sa dot est fixée selon que l'un ou l'autre l'acceptera pour épouse (3). L'aîné des fils est

(1) Coutumes de Montpellier (1204), § 56, *a contrario*. *Layettes*, n° 721, t. I, p. 261.

(2) *Histoire du Languedoc,* t. VIII, n° 14 (1172), col. 288 : voir l'appendice. — Cf. t. V, n° 474 (1121), col. 892 : Uxor mea est prægnans ; quæ si peperit masculum, jubeo ut sit monachus Sancti Salvatoris Anianæ et dono ei tres mille solidos Melgorienses in hæreditatem, quos jubeo dare ad illum hæredem meum qui Montempessulanum habebit. Si autem filiam pepererit, jubeo ut sit monacha ejusdem sancti Salvatoris Anianæ cum bis mille solidis Melgoriensibus quos ei in hæreditate dono, quos dabit ille meus hæres qui Montempessulanum habebit.

(3) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 599 (1154), col. 1172 : Et meam minorem filiam relinquo Guilhermo de Montepessulano, si capere vult ad uxorem, cum XXM solidorum Melgoriensium et illam garnitam et ad Beders unum Judæum et unum hominem cum sua tenentia ubi hospitetur et meam lezdam quam ego capio ad Montempessulanum, et tantum quantum ibi habeo vel homo

promu au rang de chef de famille; on lui assure des avantages matériels et moraux considérables; ses frères et sœurs sont placés dans une certaine mesure sous sa dépendance : tantôt ce sont les puînés qui sont astreints à lui porter l'hommage (1): tantôt ce sont les filles qui ne peuvent se marier sans son consentement (2). En revanche

pro me et fevum Aymerici de Claromonte et Armengau de Poiglechier. Et si Guillermus de Montepessulano non habet illam, relinquo filiæ pro hæreditate XM solidos et illam garnitam, et rogo comitem de Barsalona quod det illam ad uxorem filio Ugonis comitis si habere debet, et si non debet maritet illam comes de Barcelona consilio Bernardi de Andusa et Guilhermi de Montepessulano et meorum hominum, quibus ego relinquo meam terram.

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 474 (1121), col. 890 : Totum illum fevum qui est de sancto Petro vel de episcopo Magalonense in isto honore quem dimitto Guillelmo filio meo minori et Bernardo filio meo, jubeo ut serviat ille meus hæres qui Montempessulanum habebit. Totum illum fevum quem teneo de comite Melgoriense de Amancione versus Occidentem dimitto Guillelmo filio meo minori et jubeo illum ad illum meum hæredem qui Montempessulanum habebit. — T. VIII, n° 146 (1209), col. 574 : Item mando et dispono quod Baldoynus frater meus teneat hoc predictum donum de Raimundo meo filio, et quod propter hoc donum sit miles et homo Baldoynus frater meus Raimundi filii mei et juret inde ei fidelitatem... Item dono et dispono Bertrando meo filio Castluscium et Bruniqueldum cum eorum pertinenciis, sub tali vero conditione, quod Bertrandus meus filius teneat jamdicta castra de Raimundo filio meo et quod sit inde suus homo, et Raimundus meus filius quod faciat ei jamdicta castra quiete tenere et possidere, et quod sit inde ei adjutor et deffensor ab omnibus hominibus..... : — col. 576 : Item mando et dispono quod Bertrandus meus filius faciat hominium pro illa castra que ei dimitto et fidelitatem, et adjuvet inde de causa videlicet, et de guerra Raimundo meo filio.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 474 (1121), col. 892 : prohibeo ne aliqua istarum duarum mearum filiarum habeat licitum accipiendi maritum absque consilio illius mei hæredis qui Montempessulanum habebit et absque consilio nobilium meorum Montispessulani. — Cf. t. V, n° 504 (1129), col. 958.



pèsent sur lui des devoirs corrélatifs, et l'établissement de ses sœurs, par exemple, est laissé à sa charge (1).

Parmi les dispositions prises par la volonté paternelle pour assurer d'avance le gouvernement de sa race, il en est deux catégories qui présententent aux yeux du juriste un intérêt particulier : ce sont les substitutions et les clauses d'inaliénabilité (2).

Dans les chartes les plus anciennes, nous lisons des legs conçus en ces termes : « Que Primus tienne et possède ma terre de... ; après sa mort, que ce bien reste à l'église de... (3) ». Les expressions employées conviendraient bien à une substitution fidéicommissaire. En réalité, il vaut mieux croire à deux translations simultanées de droits réels : la jouissance appartiendra viagèrement à Primus ; la nue-propriété passera à l'Église à titre perpétuel. La personne morale désignée comme bénéficiaire ultime est immédiatement investie d'un droit ferme, destiné tôt ou tard à développer certainement des effets absolus. Mais il est d'autres hypothèses où la situation octroyée à Primus doit se continuer au profit de ses

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, nº 474 (1121), col. 892 : Ermengardi quoque filiæ meæ dimitto quinque millia solidorum Melgoriensium cum quibus maritet, quos donet ille meus hæres qui Montempessulanum habebit. Eodem modo dimitto in hæreditate Adalaidi filiæ meæ quinque millia solidos Melgorienses cum quibus maritet, quos donet ille meus hæres qui Montempessulanum habebit. — t. V, nº 504 (1129), col. 958 : Mando etiam Rogerio ob augmentum quod sibi facio, ut sororem suam Paganam maritet cum consilio matris suæ ac baronum suorum ex proprio.

(2) D'Espinay, *La Féodalité et le Droit Civil*, p. 310. — Beaune, *Condition des biens*, p. 570. — Glasson, *l. c.*, t. VII, p. 550. — Viollet, *Histoire du Droit*, 2e éd., p. 879.

(3) *Histoire du Languedoc*, t. V, nº 109 (960), col. 237 ; — nº 111 (961), col. 241 ; voir l'appendice : — nº 126 (972), col. 274 ; — nº 130 (978), col. 285 ; — nº 285 (1069), col. 561 ; — nº 479 (1128), col. 951.

enfants (1). C'est seulement s'il meurt sans postérité que l'établissement religieux entrera en scène. En pareil cas. ce dernier ne recueille provisoirement aucun droit véritable. Plus tard, il est vrai, si sa vocation conditionnelle produit effet, on pourrait considérer que rétroactivement il est devenu titulaire de droits réels dès le décès du *de cujus*. Mais ce sont là des raisonnements bien subtils pour une époque peu cultivée. Il est plus naturel de penser que la propriété est transférée, de par la volonté du disposant et sans que ce résultat puisse jamais être effacé, à Primus d'abord, puis, s'il y a lieu, à la personne morale ecclésiastique. Or, c'est précisément cette combinaison qui constitue la substitution fidéicommissaire.

Le mécanisme s'en révèle surtout, et cette fois avec une incontestable évidence, au travers des précautions par lesquelles le testateur entend conserver à sa famille les biens dont il est le maître. La substitution fidéicommissaire est ici dans sa véritable fonction, et il n'est pas de baron provençal ou toulousain qui ne tienne à en faire usage. Après avoir spécifié les terres destinées à un enfant, le père ne manque pas d'ajouter que, si le bénéficiaire décède sans héritier légitime, son lot fera retour à tel de ses consorts (2). C'est surtout pour la part préci-

(1) *Histoire du Languedoc,* t. V, n° 109 (960), col. 238 : Ipsa Culteria cum ipsa ecclesia, quæ est fundata in honore sancti Stephani, et ipsum alodem quem vocant Sanctum Simplicium cum ipsa ecclesia remaneat Vodalrigo et uxori suæ Adalaisæ, et Bernardo filio eorum : post discessum vero eorum remaneat Sancti Stephani... Et ille casuales, quem acquisivi de Theodberto canonico cum terris suis, remaneat Theodorico vel filio suo, si eum habuerit de legitima muliere ; post suum discessum remaneat cui alia hæreditas successerit ; et ipse de Sancto Martino de Asso, remaneat Sancti Saturnini ad alodem. — t. V, n° 111 (961), col. 244 (voir l'appendice).

(2) *Histoire du Languedoc,* t. V, n° 115 (966), col. 255 ; — n° 599 (1154), col. 1173 : Et si desanabat de Rogerio meo filio sine

putaire du premier-né qu'on se garde d'oublier de pareilles mesures (1). Ce premier-né ne laisse pas de fils? Les immeubles groupés entre ses mains, la primauté de famille dévolue à son ainesse, passent sans partage au cadet ou à ses descendants; et si cette seconde branche disparaît à son tour, c'est le troisième et sa postérité qui recueillent les gros fiefs et les vastes domaines. Pour qu'on en souffre la dévolution aux filles, il faut que tout autre descendant fasse défaut (2) : autant que possible, un mâle doit représenter la race et en soutenir l'honneur (3). En tous cas, le morcellement des seigneuries est interdit et on dé-

infante legitimo de uxore, totus honor qui mihi venit pro Rogerio meo fratre remaneat Cæciliæ filiæ meæ. Beders et Bedeirez et totus honor qui mihi venit pro meo patre ita ut ego teneo vel homo pro me remaneat meæ filiæ minori; et de qualicumque harum duarum sororum desanaret sine infante, omnes prædicti honores revertantur aliæ sorori, vel ejus hæredibus. Et si de Rogerio desanaret, mariti harum duarum sororum jurent inter se vitam et membra et suos honores et adjutorium omnium hominum. — T. VIII, n° 146 (1209), col. 574.

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 474 (1121), col. 891 (long et intéressant ordonnancement de substitutions); — n° 504 (1129), col. 958; — n° 602 (1155), col. 1177 : Volo etiam inter liberos meos hunc fideicommissariæ substitutionis ordinem servare, utsi Raimbaldus filius meus sine hærede ex uxore decesserit, restituatur ejus hæreditas Sicardo nepoti suo prædicto, vel si ille fuerit præmortuus, Raimundo Atoni fratri suo, et si isti fuerint præmortui filiis masculis prioribus per ordinem nascituris a Tiburge prædicta et Ademaro de Muroveteri, deinde filiabus si quæ fuerint, et si filiæ meæ, vel nepotes jam dicti præmoriantur sine herede ex uxore, restituatur eorum hæreditas Raimbaldo filio meo. — T. VIII, n° 14 (1172), col. 289; voir l'appendice; — n° 285 (1230), col. 921.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 474 (1121), col. 891; — n° 602 (1155), col. 1177 (voir note precédente). — *Layettes*, n° 1044 (1213), t. I, p. 390.

(3) Cf. *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 599 (1154), col. 1173, devoirs remarquables imposés aux gendres (*supra*, p. 498, note 2). — T. VIII, n° 14 (1172), col. 289.

crète expressément que celle de Montpellier, par exemple, formera sans fin une indivisible unité (1).

Le fidéicommis d'hérédité entraîne naturellement l'indisponibilité des biens qui en font l'objet : le grevé doit remettre intégralement au fidéicommissaire tout ce qu'il a reçu lui-même. En général, les chartes du Moyen-Age ne mentionnent pas cette conséquence extrême des substitutions qu'elles organisent. Mais il arrive que le testateur, craignant pour l'héritier les générosités inconsidérées de jeunesse, lui interdise tout acte de disposition avant 25 ou 30 ans (2). Parfois même, on va jusqu'à l'inaliénabilité absolue, et nous trouvons des documents qui imposent au grevé l'obligation de conserver et de rendre (3) telle que

(1) *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 14 (1172), col. 290.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 474 (1121), col. 892 : Præcipio et prohibeo ne liceat hæredibus meis quidquam mei honoris dare seu alienare sive mutuare sanctis neque clericis neque militibus, donec habeant XXV annos ætatis suæ completos, præter antiquos fevos ; quod si fecerint irritum fiat. — T. VIII, n° 146 (1209), col. 575 : His autem peractis et completis, totum residuum quod ego habeo vel habere debeo, vel michi pertinet vel pertinere debet aliquo jure vel aliqua ratione vel successione vel escazucha seu quolibet alio modo, quod michi pertineat vel pertinere debeat, quicquid sit vel ubicumque sit, dono et dispono et dimitto meo filio Raimundo. Sub tali vero tenore facio ei hoc donum, quod Raimundus meus filius non possit terram dare nec a se ullo alio modo alienare, donec sit ipse etatis XXX annorum. Quod si facere temptaverit, mando et dispono quod aliquam efficatiam nec stabilitatem non habeat ullo tempore.

(3) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 162 (c. 1002), col. 346 : Vendere nec alienare licentiam unus (ex liberis) non habeat nisi unus ad alium. — T. VIII, n° 146 (1209), col. 574 : Item dono et dispono Bertrando meo filio Castlucium et Bruniqueldum cum eorum pertinenciis, sub tali vero conditione... quod Bertrandus meus filius nec sui infantes non possint jamdicta castra a se alienare ullo tempore, quin remaneant meis heredibus, si forte ab ipso Bertrando sine infante ex legitimo matrimonio vel de suo infante sine alio infante nato ex legitimo matrimonio decesserit. Et si ab ipso Bertrando sine infante nato ex legitimo matrimonio dece-

la comportent les substitutions fidéicommissaires du type le plus parfait.

Il n'est pas jusqu'à la substition pupillaire qui ne se retrouve sous la plume des praticiens méridionaux. En 1173, un nommé Pierre Bernard (1) institue héritier son fils posthume ; et pour le cas où celui-ci mourrait en minorité, il lui substitue un de ses neveux, au choix des personnes de confiance qu'il désigne.

La doctrine ne pouvait pas rester étrangère à ce mouvement : le *Brachylogus* (2), le *Petrus* (3), s'occupent avec soin des substitutions. Les Décrétales des papes (4) s'inclinent en cette matière devant les décisions des lois romaines. De droit commun on reconnait qu'une quarte Trébellienne doit rester à la disposition du grevé (5) ; mais

debat, mando et dispono quod predicta castra remaneant meo fillo Raimundo absque impedimento. — Item dono et dispono Willelme filie mee totum hoc quod habeo ad Montelaurum et ad Sanctum Georgium, sub hac tamen conditione quod ipsa Willelma nec sui infantes non possint hoc donum a se alienare ullo tempore, set legitimo heredi et si forte ab ipsa Willelma sine infante nato ex legitimo matrimonio decedebat, quod hoc donum remaneat meo filio Raimundo, absque omni contradictione.

(1) *Layettes*, n° 247, t. I, p. 106 : posthumum suum heredem instituit, et ei, si infra pupillarem ætatem decesserit, unum ex nepotibus suis, Ugonem scilicet, vel Petrum Bernardum de Chauleto, ad electionem Guiraldi Amici et Rostagni de Sabrano, substituit.

(2) II, 26 (éd. Böcking, p. 66) ; II, 29, § 1 (p. 69).

(3) I, 16 (Savigny, trad. Guenoux, t. IV, p. 303).

(4) X, III, 26, c. 16 : *In bonis patris, matris et aviæ habet quis debitum jure naturæ, in qua gravari nequit ; et filius, rogatus de restituenda hereditate sub conditione, detrahit debitum jure naturæ et Trebellianicam, in qua computantur fructus post litis contestationem.* — c. 18 : *Filius, rogatus restituere hereditatem, detrahit tertiam jure naturæ et quartam Trebellianicam, in quibus potest legata relinquere, heredes instituere, et pœnam imponere.*

(5) Voir les textes cités aux trois notes précédentes.

[illegible] de
[illegible]

[illegible] des

[illegible] resti-

[illegible] debet de
[illegible] Falsitie, in pu-

[illegible] col. 113 ; — n° 58
[illegible] col. 250 ;
[illegible] — n° 127 (977),
[illegible] col. 316 ; —
[illegible] (1005).
[illegible] — Saint-Victor, n° 1048 (1041),

fiduciaires fut restreint : on ne leur confia plus que la répartition des legs mobiliers et le payement des dettes (1). Il semble même que la faveur rendue à l'institution d'héritier aurait dû entraîner leur disparition complète : l'héritier inscrit était naturellement désigné pour accomplir toutes les volontés du *de cujus*, et il arriva effectivement qu'il fut exclusivement chargé de cette mission (2). Mais bien souvent son âge ou son caractère n'inspirait pas au disposant une confiance parfaite ; ou un père bien intentionné voulait éviter à son fils les embarras d'une liquidation : ainsi s'explique que les exécuteurs testamentaires aient continué à figurer au Midi dans un grand nombre de testaments (3).

Des noms très différents servent à les désigner. Sans parler du mot d'*elemosinarii*, qui est le plus général, on les appelle parfois *tutores* (4), *manumissores* (5), *fidejussores* (6), *guadiatores* (7). Par bonheur, il s'en faut que la

(1) Voir par exemple *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 474 (1121), col. 893 : Jubeo ut Lambertus bajulus meus teneat quatuor annos omnes adassamentos de Montepessulano et de Palude et de molendinis de Latis et de omnibus eorum pertinentibus et de illis exitibus qui infra hos quatuor annos inde exiti fuerint. Præcipio ut omnia debita mea solvant.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 580 (1150), col. 1120 : Eidem Raymundo Trancavello fratri meo mando et valde præcipio ut donet Bernardæ vicecomitissæ uxori meæ XM solidorum Melgoriensium, etc..... — t. VIII, n° 146 (1209), col. 575 : Item mando et dispono quod meus filius Raimundus persolvat omnia mea debita creditoribus meis. nam ipsum Raimundum meum filium per meum legitimum heredem pono et constituo.

(3) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 602 (1155), col. 1177 ; — t. VIII, n° 14 (1172), col. 291 ; — n° 285 (1230), col. 921. — *Layettes*, n° 919 (1211), p. 371.

(4) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 152 (901), col. 324.

(5) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 150 (900), col. 316 ; — t. VIII, n° 285 (1230), col. 921. — Saint Victor, n° 1048 (1041) ; t. II, p. 518.

(6) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 109 (960), col. 236.

(7) *Layettes*, n° 969 (1211), t. I, p. 371.

suum gadium (1). Cette phrase nous est bien connue : la remise du *gadium* confère à celui qui le reçoit un droit réel sur les biens en cause, la faculté de les soumettre à sa saisine. Les énonciations de la formule correspondaient-elles dans les pays du Sud aux détails d'une solennité réellement effectuée ? Les praticiens méridionaux admettaient-ils couramment toutes les conséquences d'une opération étrangère à leur droit indigène ? Je ne saurais le préciser : mais il paraît bien qu'ils ont donné à certains exécuteurs la pleine propriété des immeubles que ceux-ci étaient chargés de transférer (2). Quoi qu'il en soit, ces

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 58 (933), col. 161 : Certum quidem et manifestum est, quia nobis injunxit vel commendavit quondam Reginardus episcopus per suum vadium, quando ad obitum mortis venit ad extrema voluntate, unde et postea sua voluntate nunquam mutavit, ut nos simul in unum supranominati elemosinarii, ut nos scriptum legalem faciamus ad canonicos sancti Nazarii sicuti et facimus. — T. V, n° 118 (969), col. 260: Ego Barnardus, episcopus sedis Biterrensis, et Garsindis vicecomitissa, et Barnardus abba, necnon et Alcharius et Rodulphus presbyter, qui sumus eleemosinarii Reginardi vicecomitis qui fuit quondam, et injunxit vel commendavit nobis per suum vadium, ut cartam donationis fecissemus ad ecclesiam Sancti Nazarii sedis Biterrensis, et ad ecclesiam sancti Jacobi ubi corpus ejus requiescit, propter remedium animæ suæ.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 31 (906), col. 113 : In nomine Domini nostri. Adalindes comitissa, Aldebrandus abbas, Unessus presbyter, Chevellinus presbyter, Rodolites, qui sumus eleemosinarii, et ut eleemosinarii de homine Aifredo comite, qui fuit quondam, *nos simul in unum donatores sumus* nobis ad domum Sancti Joannis Baptistæ castrum Malasti, qui est situm in territorio Carcassense super fluvium Duranno, et ad Renulfo abbate vel a cuncta congregatione sancti Joannis : *sic mandavit nobis ut* ad ipsam domum Sancti Joannis, vel ad ipso abbate, vel a cuncta congregatione ipsius *donatores essemus* alodem proprium quod habebat in comitatu Redense, juxta monte Bassera, in locum ubi dicitur S. Martini, cum ipsa ecclesia quæ ibidem est fundata in honore S. Martini, et cum ipso villare et cum omnia quantum ad ipsum villare pertinent, vel quantum Aifredus comes et ego supradicta Adalindes, ibidem habuimus, tam de

imitations plus ou moins exactes des salmanns d'une autre région ne se rencontrent plus après le xe siècle; et le mot de *gadiator*, reproduit de loin en loin probablement sans être compris, survit seul à la ruine des usages qui lui ont donné naissance (1).

La notion de mandat, moins attaquée qu'au Nord, reste donc de bonne heure complètement triomphante. Mais, dès le xie siècle, elle se complète d'un élément nouveau. Le testateur organise lui-même les rapports de fait qui devront s'établir directement entre ses exécuteurs et ses biens. Les pays coutumiers étaient retardés de ce côté par leur opposition prolongée à l'idée testamentaire : il leur fallut de longues années pour admettre que l'*elemosynarius* reçût son mandat d'une charte à cause de mort; et au début du xiiie siècle, ils n'avaient pas encore trouvé l'expression juridique des actes matériels qui faisaient de

alode quam de ex comparatione ; id est domos coopertas, casales, curtes, ortos, ortales, veredegarios, arbores pomiferas, vineas, terras cultas et incultas, pratis, etc. Ista omnia quantum quod superius scriptum est, et quantum ibidem habemus vel visi sumus habere, sic mandavit nobis ut ad domum Sancti Joannis, vel a Renulfo abbate, vel a cuncta congregatione Sancti Joannis ab omni integritate donare faceremus propter remedium animæ suæ, ab omni integritate, tam acquisitum quam ad acquirendum, et ipsas vineas quæ sunt in villare Richinale, et omnia superius scripta *de nostro jure in vestra potestate et dominio tradimus* ad proprium perhabendum, ut quidquid exinde agere, facere, vel judicare volueritis, de præsenti die et tempore in antea vobis sit firma potestas, cum omni voce oppositionis de jam dicto Aifredo comite... vel homo vel subrogata persona fuerit qui contra hanc cartam donationis ad irrumpendum venerit, aut nos venerimus, libra auri una coactus exsolvat, insuper iram Dei incurrat, et cum Judas Iscariotes in infernum colloquium habeat, et in antea hæc donatio firmis et stabilis permaneat. Facta hæc scriptura donationis, etc...

(1) *Layettes*, no 969 (1211), t. I, p. 371, — Addimenta ad consuetudines Montispessullani (1205), § 7 : *Layettes*, t. I, p. 289.

ce personnage le maître temporaire d'une partie de la succession. Les praticiens du Midi n'étaient pas arrêtés par les mêmes obstacles : pour eux, il était tout naturel qu'une volonté posthume agît dans la sphère des droits réels ou personnels. Le testament instituait les exécuteurs en tant que mandataires : il pouvait les placer à tous points de vue dans la situation d'administrateurs. Aussi voyons-nous fréquemment le disposant inviter ses hommes de confiance à se mettre en possession de tout ou partie de sa fortune pour l'employer en libéralités pieuses ou au payement de ses dettes (1). Une durée préfixe est parfois assignée à cette détention : elle doit en tous cas prendre fin lorsqu'est accomplie la mission qui la motive. Les textes s'abstiennent de la caractériser par aucun terme technique : mais nos auteurs coutumiers diront plus tard

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 164 (1005), col. 349 : jubeo fieri testamentum meum et eligo meos elemosynarios quorum ista sunt nomina..... quibus trado omnem substantiam meam distribuendi secundum voluntatem meam si mihi acciderit deesse hujus vitae. — T. V, n° 474 (1121), col. 893 ; voir *supra*, p. 503, note 1. — T. V, n° 602 (1155), col. 1177 : Volo etiam et jubeo ut Petrus Raimundi de Montepetroso habeat et teneat ab hac praesenti Pascha usque in annos XIII omnem honorem meum pro debitis meis persolvendis sine inquietudine filii mei et filiarum mearum ut nihil ibi petant vel requirant in istis XIII annis. Nolo tamen ut ob hanc causam detentationis Petrus Raimundi sit illi gatus creditoribus meis vel filio meo vel filiabus meis. — T. VIII, n° 14 (1172), col. 291 ; voir l'appendice. — Saint Victor, n° 1048 (1041), t. II, p. 517. Ego Gomballus volo pergere ad Ispaniam, et propter hoc facio hunc testamentum, ut, si de isto itinere mors mihi advenerit, usque dum testamentum alium faciam, licentiam habeant isti elemosinarii mei, id est Aurucia mulier mea, et Guandalgaus Sendres, et Miro Vuilelmus et frater suus Vivas, et Ademars de Vilar, et Raimundus Lobet, et Vuilelmus archidiaconus, et Berengarius Guaribertus, et Guadaldus Durandus, omnem facultam meam apprehendere et dare pro anima mea, sicut in ipsum testamentum resonat.

en des circonstances analogues que le testateur confère la *saisine* à ses exécuteurs.

IV

Clauses accessoires.

Deux préoccupations dominent l'ensemble des testaments méridionaux : d'abord et surtout, le souci des destinées terrestres de la race : plus discrètement, l'inquiétude de l'avenir personnel que la foi découvre au chrétien qui songe à la mort. Cette double pensée rend compte des clauses capitales et caractéristiques d'un acte testamentaire : substitutions et nominations d'exécuteurs. Elle en explique aussi les dispositions de second plan ; et parmi celles-ci je relève comme les plus fréquentes l'organisation de la protection des mineurs et le choix d'une sépulture.

Dès une époque relativement ancienne, les testateurs s'inquiètent du sort de leurs enfants en bas âge. Ainsi, en 1121, Guillaume V de Montpellier (1), indique à sa

(1) *Histoire du Languedoc*. t. V, n° 474, col. 893 : Uxori meæ quamdiu sine marito steterit dimitto Omelas et totum honorem quem habeo de Amancione versus Occidentem ubicumque sit vel aliquis habet per me, tali modo ut cum Guillelmus filius meus minor habuerit septemdecim annos completos, recuperet Omelas cum omni hæreditate quam supra ei dimisi, et Bernardus filius meus recuperet castrum de Villanova cum omni hæreditate quam supra ei dimisi, cum habuerit similiter XVII annos ætatis suæ completos. De isto supradicto honore qui est de Amancione versus Occidentem jubeo ut uxor mea nutriat infantes suos et faciat conductum cum XXX modiis de blado de Palude, quos dabit ei Lambertus bajulus meus vel ille qui vicem suam tenebit per unumquemque annum in adjutorio conducti, et quingentos solidos pro vestimentis quæ dabit ei ipse Lambertus vel successor ejus in unoquoque anno, quamdiu sine marito vixerit.



femme quels revenus elle devra affecter à la nourriture et au vêtement de leurs fils et de leurs filles. Mais c'est surtout à partir du XIIe siècle que les clauses de ce genre prennent un large développement. Les formules s'amplifient même au point qu'il faut une certaine attention pour distinguer les indications vraiment juridiques des phrases pieuses ou diplomatiques. Le père désigne les personnes qui élèveront son fils et en feront un chevalier (1), qui auront la garde de ses biens, l'administration de son patrimoine (2). L'usage de ces nominations de tuteur, consacré par le *Petrus* (3) et le *Brachylogus* (4), devient tellement

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, no 599 (1154), col. 1174 : — no 602 (1155), col. 1177 : Dimitto filium meum Raimbaldum sub defensione et custodia Guillelmi de Montepessulano charissimi nepotis mei et consobrini germani filii mei, ut eum protegat et defendat et honorem ejus et de eo militem faciat, præcipiens filio meo ut eum semper diligat et sit ad obsequium ejus.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 599 (1154), col. 1173 : Relinquo Bederz et Bedeireis in gardam et in bajuliam G. Arnaldi de Beders et Ademari de Murvel, quod balliscant pro bono et fide, et isti duo hæc quæ facient faciant consilio Berenguarii de Bederz. Carcassonam et Carcassez et totum Arzencz relinquo in gardiam et in bajuliam Bernardi de Canet pueri et Guilhermi Sancti Felicis et Bernardi Pelapol, et isti tres hæc quæ facient faciant consilio Bernardi de Canet majoris. Albiensis et hoc quod habeo in Tolosano et in Comenge relinquo in gardiam et bajuliam Isarni de Dornau et Ugonis de Cencenon et Guilhelmi Atonis de Curvala. Omnibus autem istis supradictis bajulis relinquo in gardiam et bajuliam meos infantes et meam uxorem quod baliscant pro bono et fide. — t. VIII, no 14 (1172), col. 290 ; — n° 47 (1182), col. 366 : Dimisit filiam suam cum omnibus bonis suis in custodia Agullonis de Castronovo, etc..... (4 autres noms) — t. VIII, no 146 (1209), col. 575.

(3) I, 3 (Savigny, trad. Guenoux, t. IV, p. 298) : Si pater vel avus non dederit in testamento tutorem filiis vel nepotibus, vel aliis, quos habent in potestate, etc... Quod si ex testamento vel ex cognatione non habeant tutorem, judex, id est loci potestas, det eis tutorem idoneum, fidelem et diligentem.

(4) I, 13, § 3 (éd. Böcking, p. 22) Tutorum autem alii sunt testamentarii, alii legitimi, alii dativi, § 4 Testamentarii sunt qui

général qu'à Montpellier les articles ajoutés en 1205 à la coutume décident qu'en l'absence d'indication contraire tout exécuteur testamentaire sera considéré comme institué du même coup tuteur (1). Les chefs de famille ne s'en tiennent pas là: ils étendent le cercle de leurs recommandations. S'adressant à leurs supérieurs féodaux, ils leur demandent de protéger un vassal jeune et faible (2); leurs pensées s'élèvent même jusqu'à Dieu, et ils le supplient de veiller sur les enfants qu'ils vont laisser orphelins (3). La reine d'Aragon a recours à l'Église et au pape (4), à qui son mari avait remis la suzeraineté du

testamento parentum dantur. Dare autem potest testamento tutores parens suis impuberibus, quos in potestate habet, § 3. Et hi primo veniunt ad tutelam; his vero deficientibus vocantur legitimi.

(1) Additamenta ad consuetudines Montispessulani (1205) § 7. *Layettes*, n° 760, t. I, p. 289 : Si deinceps aliquis, habens infantes impuberes, in testamento suo gadiatores aliquos fecerit, illi gadiatores intelliguntur esse tutores illorum infantum impuberum, nisi in eodem testamento aliquem esse voluerit tutorem specialiter vel expressum.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 599 (1154), col. 1174. Omnia vero ista suprascripta relinquo in Dei garda et meorum hominum. Meam uxorem et meos infantes et omnes meos honores et meos bajulos et omnes meos homines relinquo in Dei mercede et in garda et in baillia comitis de Barsalona ad faciendam totam voluntatem suam. Et relinquo ei meum filium pro garnire et pro facere militem. — t. VIII, n° 14 (1172), col. 291. voir l'appendice; — n° 146 (1209), col. 575 : Item dimitto Raimundum filium meum et terram suam et omnia sua, sub deffensione et custodia domini Phylippi regis Francie consanguinei mei, et domini Ottonis, imperatoris Theuthonicorum.

(3) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 599 (1154), col. 1174. Voir la note précédente. — t. VIII, n° 14 (1172), col. 290.

(4) *Layettes*, n° 1044 (1213), t. I, p. 391. Ad ultimum vero volo et statuo ut sanctissimus pater Innocentius summus pontifex liberam habeat potestatem mutandi, addendi, minuendi et ordinandi de hoc testamento pro sue beneplacito voluntatis; sub cujus et ecclesie Romane protectione, deffentione atque tutela prefatum

royaume ; elle confie à ces puissants patrons à son fils, ses filles, ses biens, sa maison », et donne à Innocent III plein pouvoir de « changer, augmenter, diminuer et ordonnancer » ses dispositions de dernière volonté.

Voilà une manifestation saisissante et extraordinaire du sentiment chrétien. Il s'exprime plus normalement dans les phrases modestes où ceux qui vont mourir s'occupent de leur tombeau. Les testateurs aiment à livrer leur corps à leur monastère de prédilection, pour y être enterrés au milieu des oraisons monacales (1). C'est encore, si l'on veut, un désir temporel, mais transfiguré par la foi, qui croit à la résurrection de la chair.

filium meum et filias meas et omnia bona mea et familiam nostram dimitto.

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 285 (1069), col. 561 ; — n° 499 (1128), col. 951. Inprimis dimisit corpus suum ad sepeliendum ecclesiæ Sanctæ Eulaliæ sedis Helenensis, et dimisit atque concessit Domino Deo et Sanctæ Eulaliæ prædictæ pro redemptione animæ suæ omnem suum alodium quod, etc... — t. V, n° 520 (1132), col. 983 ; — n° 580 (1150), col. 1118 ; — n° 599 (1154), col. 1171 ; — n° 602 (1155), col. 1177 ; — t. VIII, n° 14 (1172), col. 287 : — *Layettes*, n° 1044 (121?), t. I, p. 390.

CHAPITRE III

RÈGLES DE FORME

Deux courants contraires entraînaient les formes testamentaires dans des directions opposées. Tandis que les souvenirs romains, ravivés vers le début du XIIe siècle, tendaient à les maintenir sous la dépendance de règles étroites et rigides, la jurisprudence canonique, soucieuse des nécessités pratiques, les abandonnait aux commodités des populations mal instruites de subtilités vieillies. De là une certaine incohérence dans les résultats constatés, et le *Petrus*, malgré son horreur pour la coutume (1), est forcé de constater qu'elle seule régit la matière (2). Le *Brachylogus* (3) tient à rester savant quand même; il

(1) IV, 9 (Savigny, trad. Guenoux, t. IV, p. 354). — Cf. I, 68 (p. 316).

(2) IV, 10 (p. 354). In testamentis faciendis vel aliis negotiis solemnitatem desiderantibus, regionis consuetudinem legis vicem obtinere, legis auctoribus placuit. — Cf. *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 146 (1209) : Quoniam testamentorum ordinatio a jure est inventa et a consuetudinibus probata, idcirco, etc...

(3) II. 19 (éd. Böeking, p. 59), § 2. Ejus genera sunt duo. aliud in scriptis, aliud sine scriptis, quod etiam nuncupatio vocatur. § 3. In scriptis testamentum est quod fit scriptura intercedente, qua etiam non insecuta non valet. In hoc autem testamento condendo septem testes adhiberi debent cives Romani masculi et puberes et bonæ opinionis; nomen quidem etiam heredis propria manu testatoris vel publici tabularii exprimi oportet, omniumque testium signaculis, uno vel diversis anulis,

expose les observances auxquelles sont soumis et le testament écrit solennel et la *nuncupatio* ou testament oral. Mais il ajoute qu'on fait grâce de ces préceptes aux *rustici* comme aux *milites*: c'est laisser la porte largement ouverte aux libertés qu'on ne manquait pas de se permettre avec l'ancien formalisme.

I

Formes romaines.

Le *Brachylogus* (1) pour tout testament exige sept témoins: s'il y a un écrit, chacun d'eux le signe; le nom de l'héritier doit être tracé ou par un notaire public ou par le disposant lui-même. Le codicille, plus simple, se contente de cinq témoins (2). Il s'agit de voir comment les chartes se sont accommodées de ce système.

Elles se tiennent assez exactement au nombre requis de témoins. Les *testamenta*, les *divisionales*, les *codicelli* des xe et xie siècles, se font en présence d'au moins cinq assistants; en comptant le scribe ou le notaire, et au besoin le disposant, on arrive même au total de sept (3).

signari necesse est. § 4. In testamento autem sine scriptis septem testibus adhibitis sola voluntas testatoris tam de institutione heredis, quam de aliis capitulis exigenda est § 5. Hæc autem observatio non solum militibus, sed etiam rusticis remissa est; quocunque enim modo voluntas eorum pateat, legitimum sortientur effectum.

(1) Voir la note précédente.

(2) II, 32, § 2 (p. 72). Voir *supra*, p. 490, note 5.

(3) *Histoire du Languedoc*, t. V, no 95 (953), col. 218. *Signum* du testateur et de 5 témoins; un prêtre *scripsit*. — T. V, no 111 (961) col. 250. S. du disposant et de 6 témoins. — T. V, no 115 (966) col. 257. S. des disposants et de 5 témoins; un prêtre *scrip-*

conformément à la loi romaine. Aux XII[e] et XIII[e] siècles, les chiffres de cinq et de sept sont maintes fois rappelés (1), et plus souvent encore dépassés; il n'est pas rare que dix ou quinze personnes, nommément désignées, plus une foule anonyme, assistent à la confection de l'acte (2).

sit. — T. V, n° 130 (978), col. 288. S. de la testatrice et de 5 témoins: un notaire *scripsit.* — T. V, n° 151 (990), col. 314. S. de la testatrice, de 4 témoins; un prêtre *exaravit.* — T. V, n° 285 (1069): col. 561. S. du disposant, de 5 témoins; un prêtre *scripsit et subscripsit.* — Saint Victor, n° 812 (1080-1110), t. II, p. 160: *gadium* muni du *signum* du disposant et de 7 témoins, l'un d'entre eux étant assisté de ses fils. — Lérins, n° 71 (XI[e] s.), p. 68: *gadium* fait in *presentia* de 5 témoins.

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 501 (1129), col. 954. S. du disposant, de 3 témoins; un autre individu *scripsit.* — T. V, n° 520 (1132), col. 983 : Hoc testamentum jussi scribi et coram me legi feci et mea propria manu confirmavi hoc signo, adhibitis supradictis quinque testibus. — T. VIII, n° 47, § 1 (1182), col. 366, 7 témoins. — T. VIII, n° 146 (1209), col. 577 : 5 témoins, dont un notaire et le scribe. — *Layettes*, n° 548 (1200), t. I, p. 214; 5 témoins, mention du scribe. — N° 86 (c. 1144), *Libertates et consuetidines villæ S. Antonini Ruthenensis*, t. I, p. 58. Omne testamentum seu ultima voluntas, factum seu facta in presencia quinque testium bone fidei et bone fame, valeat.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 420 (1106), col. 792 : Hoc testamentum factum est..... videntibus et præsentibus honestis personis clericis et laicis, videlicet... (9 noms), et multis aliis quos dinumerare longum est. — T. V, n° 462 (1118), col. 868. S. des disposants, de 10 témoins: un *sacrista scripsit.* — T. V, n° 474 (1121), col. 893. Hoc testamentum fuit factum in præsentia et audientia... (9 noms). — T. V, n° 580, § 1 (1150), col. 1120. Hæc dispositio hujus testamenti fuit facta in præsentia... (16 noms). Mention du scribe. — T. V, n° 599 (1154), col. 1174. Hujus totius prædicti testamenti et vasi quod Raymundus Trencavellus fecit est testis... (14 noms). Mention du scribe. — T. V, n° 602, § 1 (1155), col. 1177. Testament per *nuncupationem*, en présence de 12 témoins, dont le dernier est le scribe, qui *ad memoriam scripsit.* — T. VIII, n° 14 (1172), col. 292: 20 témoins, dont le dernier est le scribe. — T. VIII, n° 285 (1230), col. 923: 6 témoins apposent leur *signum*, ainsi que la testatrice et son fils; le notaire qui a écrit l'acte le confirme de son *cirographum.* — *Layettes*,



Mais on sent bien que quelques-uns seulement jouent un rôle juridique (1).

Les formalités de détail qui devraient entourer la rédaction du testament écrit ne sont que très approximativement observées de la pratique. Si les témoins du Haut Moyen-Age apposent régulièrement leur *signum* sur la charte, ceux du XIIe siècle s'en dispensent volontiers : on se contente de mentionner leur présence (2). L'étrange exigence du *Brachylogus*, qui limitait le nombre des personnes capables d'inscrire le nom de l'héritier, paraît être toujours restée dans le domaine spéculatif. D'abord, elle n'eut de raison d'être qu'à dater de la résurrection effective de l'institution d'héritier. Puis il s'en faut qu'on ait toujours eu recours à un officier public pour libeller le document : pendant de longues années, le scribe ne prend aucun titre caractéristique (3). Il faut arriver au XIIIe siècle pour constater fréquemment la présence et

n° 247 (1173), t. I, p. 106; 4 témoins nommés et 11 anonymes; — n° 1044 (1213), t. I, p. 390. Actum est hoc in presentia subscriptorum ad hoc specialiter vocatorum : scilicet, ... (8 noms) et plurium aliorum. Et ego Richardus, imperialis aule scriniarius, hoc testamentum, secundum disposissionem dict: regine scripsi et complevi rogatus.

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 580, § 1 et 2 (1150), col. 1120 et 1121. Sur les 17 témoins, 8 seulement déposent sous serment du contenu du testament. — T. V, n° 602, § 1 (1155), col. 1177 et 1178. 7 témoins sur 12 prennent une part active à la *recitatio* du testament.

(2) Voir les documents cités aux quatre notes précédentes.

(3) Voir les notes précédentes. Cf. Giry, *Manuel de diplomatique*, p. 826 « en France il est difficile de croire que, du IXe au XIe siècle, les souscriptions d'écrivains, quel que soit du reste le titre porté par eux, qu'on rencontre, accompagnées de *signa*, au bas des chartes privées, aient été celles d'officiers publics, et que ces souscriptions aient donné aux actes le caractère d'écrits authentiques. »

l'action d'un notaire investi d'une fonction officielle (1). Quant au testateur, ce n'est pas lui qui tient la plume (2); souvent même il néglige de la prendre pour marquer son *signum* (3), à l'époque où les témoins se permettent de leur côté une abstention analogue. En revanche, il est une *divisionalis* du début du xe siècle (4), qui ne tire sa force que de la souscription du disposant : c'est un de ces partages d'ascendant qu'on avait exemptés dès longtemps des solennités habituelles, et dont le *Brachylogus* (5) consacre la validité.

(1) *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 146 (1209), col. 577 ; — n° 232 (1224), col. 789 ; — n° 285 (1230), col. 923. — *Layettes*, n° 1044 (1213), t. I, p. 390. — Cf. Giry, *l. c.*, p. 829. « A partir de la seconde moitié du XIIe siècle et pendant tout le Moyen-Age, la très grande majorité des actes privés du midi de la France furent rédigés par des notaires publics, seigneuriaux, épiscopaux, communaux, royaux, impériaux ou apostoliques. » Les documents que j'ai cités, p. 491, notes 4 et 5, montrent que relativement au testament, il faut retarder d'une cinquantaine d'années la date initiale indiquée par M. Giry.

(2) Notons à ce propos qu'il y a parfois plusieurs exemplaires de la Charte, ayant tous la même valeur : ce n'est assurément pas de la main du disposant que sont sorties ces multiples copies : *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 474 (1121), col. 894. Et sciendum est quod de hoc testamento cartæ quatuor habent et in unaquaque testamentum integrum est.

(3) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 474 (1121), col. 894 ; — n° 580 (1150), col. 1120 ; n° 599 (1154), col. 1174 ; — t. VIII, n° 14 (1172), col. 292 ; — n° 146 (1209), col. 577 ; — *Layettes*, n° 1044 (1213), t. I, p. 391.

(4) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 162 (c. 1002), col. 344. Le protocole final se réduit à cette phrase : *Ista scriptura Rogerius comes manu sua firmavit.*

(5) II, 25 (éd. Böcking, p. 65) Heredibus autem institutis unusquisque mortuo testatore suæ portionis pro indiviso dominus est, nisi testator sui patrimonii inter eos distributionem fecerit ; tunc enim testatoris voluntas servanda est. Non solum autem testamento, sed etiam quacunque voluntate hujusmodi distributionem inter liberos facere potest ; dum modo hujusmodi voluntas subscriptione propria testatoris vel liberorum confirmetur.

La rédaction des chartes méridionales est en général beaucoup plus concise que celle des documents septentrionaux. Le protocole final contient encore, au XIIe siècle, des clauses comminatoires qui édictent une amende contre les contrevenants et les vouent à la malédiction divine (1). Après l'an mil, ces formules disparaissent, et plus tard, c'est tout au plus si le disposant se permet de terminer son acte par une prière simple et discrète : « Je demande qu'on respecte ma volonté » (2). En revanche, la clause codicillaire s'introduit dans le texte (3) : c'est une conséquence assez naturelle du crédit dont jouissent les lois impériales. Mais on ne trouve pas de ces religieux développements où se complait si longuement la piété des Français du Nord : pour les hommes du Midi, le testament est un règlement d'intérêts ; ils l'écrivent en style d'affaires.

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 31 (906), col. 114 ; — n° 58 (933), col. 162 ; — n° 95 (953), col. 218 ; — n° 115 (966), col. 257 ; — n° 126 (972), col. 280 ; — n° 151 (990), col. 324 ; — n° 152 (991), col. 345.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 580 § 1 (1150), col. 1120 : Sicut superius est dictum sic istud testamentum maneat firmum et stabile in perpetuum et rogo ne refragatur. — t. VIII, n° 146 (1209), col. 576 : Nam ita et tali modo ego Raimundus dux Narbone, comes Tolose, marchio Provincie, meum facio testamentum et dispositionem, et si in hoc itinere a me decedebat, mando et dispono et statuo, ut hoc testamentum firmiter habeatur et teneatur et observetur per omnia tempora et a nullo vivente removeatur.

(3) *Layettes*, n° 969 (1211), t. I, p. 371 : Et si hoc non valet jure testamenti vel codicillorum, valeat tamen qualicumque ultima voluntate mea. — n° 1044 (1213), t. I, p. 391 : Hec autem omnia et alia, que in alio testamento ultimo condito ante istud in partibus meis non sunt per istud expresse mutata ; jure testamenti vel codicillorum, vel favore ultime voluntatis, rata et firma perpetue esse volo.

II

Formes canoniques.

L'appareil testamentaire romain, dont nous venons d'étudier la survivance, était trop formaliste pour que l'emploi pût en être obligatoirement imposé au Moyen-Age. Le *Brachylogus* s'en rendait bien compte, lorsqu'il exemptait des rites ordinaires les *rustici* après les *milites*. Pour les dispositions *in extremis* notamment, la tolérance était une nécessité, et nous savons comment s'était établie dans l'Église la coutume générale (1) de se contenter de deux ou trois témoins. Les chartes prouvent que les habitants du Midi usèrent comme les autres de ces libertés. Ils confiaient à un cercle d'amis, restreint au minimum, non seulement leurs legs pieux, mais aussi leurs volontés temporelles (2). La coutume de Montpellier de 1204 (3) contient l'expression parfaitement nette de cet état de droit : tout testament, écrit ou oral, est valable, dès qu'il est fait en présence de trois témoins capables ; aucune autre solennité n'est exigée. La coutume de Carcas-

(1) X. III, 26, c. 10. Cf. *Supra*, p. 441.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 499 (1128), col. 950 ; — n° 504 (1129), col. 958. — *Layettes*, n° 576 (1199-1200), p. 217. — Cf. *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 402 (c. 1098), col. 758 : Il n'est fait mention d'aucun témoin.

(3) § 52. *Layettes*, n° 721, t. I, p. 260 : Omne testamentum et omnis quelibet ultima voluntas inter liberos vel parentes vel inter extraneos, in scriptis vel sine scriptis, fiat coram tribus testibus ydoneis rogatis vel non rogatis, sollempnitate adhibita vel omissa. Valet et probatur sufficienter per istos III testes ; et si ante publicationem unus decesserit vel absens fuerit, duo dicentes tercium adfuisse probare possunt sufficienter.

sonne (1) n'en demande même que deux pour les legs pieux; et la suite du texte de Montpellier ajoute que si l'un des témoins vient à mourir, l'accord des deux autres suffit à établir le texte des ordres du *de cujus*. On reconnait ici le système canonique, qui ne s'inquiète que des besoins de la preuve. Nous savons comment le clergé lui-même fut conduit à un commencement de réaction : il y eut tendance de la part de l'autorité ecclésiastique à prescrire *ad solemnitatem* la présence d'un prêtre. Ce sont surtout des conciles du Midi qui, au XIIIe siècle, sont entrés dans cette voie (2), pour combattre le catharisme en faisant contrôler les croyances des moribonds, et pour promouvoir un zèle nouveau en faveur des libéralités pieuses.

III

Publicatio.

La coutume de Montpellier, dans le texte que nous venons de citer, fait allusion à une *publicatio* postérieure à la confection du testament. Et en effet, les actes concrets fournissent de nombreux exemples de cette procédure posthume. Nous en avions noté les antécédents aux derniers temps de l'Empire et au début des royautés barbares. Elle reparait au XIIe siècle pour devenir immédiatement d'un usage constant. D'où la pensée toute natu-

(1) *Libertates et consuetudines Carcassonensis civitatis*. (c. 1204), § 38. *Layettes*, no 743, t. I, p. 276. Le § reproduit d'abord le texte précité de Montpellier : puis il ajoute : Sed si aliquid legetur Ecclesie aut piis locis vel miserabilibus personis, per duos solummodo probari poterit legatum.

(2) Voir *supra*, p. 445.

relle d'en expliquer la résurrection par la vigoureuse impulsion donnée vers cette époque aux études romanistes. Quoi qu'il en soit, c'est par l'intermédiaire de la loi des Wisigoths qu'elle s'est conservée. Un document roussillonnais de 1128 (1) décrit dans les mêmes termes que le Code de Receswind cette institution « des lois séculières ». Voici comment elle fonctionne dans nos provinces méridionales. Après la mort du disposant, dans un délai assez bref (2), les témoins se rendent devant le représentant de l'autorité laïque ou ecclésiastique (3). Si la charte est close, on en opère la reconnaissance et l'ouverture (4). Au cas de testament oral, les témoins de l'acte

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 499 (1128), col. 950. Voir *supra*, p. 486, note 3. — A rapprocher *lex Wisigothorum*, II, 5, c. 12 (Walter, p. 461). Voir *supra*, p. 262, note 1.

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 499 (1128), col. 950 : rogati legaliter, id est infra sex menses. — T. V, n° 580, § 2 (1150), col. 1120 : Sicut superius scriptum est, sic ego Pontius Carcassonæ episcopus vidi et audivi prædictum Rogerium de Biterri in ultima voluntate hæc supradicta disponentem in castro de Fanojovis, in domo domnæ Galardæ et filiorum ejus, in die veneris circa meridiem. Altera die post festum beati Laurentii, proxima die sabbati sequenti, fuit mortuus in presentia Pontii de Rivo honoris Beatæ Mariæ Carcassonæ prioris et Guillermi de Sancto Felice et Bertrandi de Sancto Paulo et Guillelmi Rigald de Besceda et Galardi de Fanojovis et Arnaldi de Chairano et Raymundi de Brugueira ecclesiæ de Podio superiori ministri et Gaucelini fratris Hospitalis Jerosolymitani, qui omnes rogati et adhibiti fuimus testes hujus ultimæ voluntatis et hoc verum esse juravimus in palatio Carcassonæ, multis hominibus præsentibus, XVI calendas septembris.

(3) *Histoire du Languedoc*, t. V., n° 499 (1128), col. 950; — n° 602, I (1155), col. 1178. - T. VIII, n° 14, § 2 (1172), col. 292 : — n° 47, (1182), col. 366; voir *supra*, p. 486, note 2. — Peut-être faut-il considérer comme un personnage officiel le *causidicus* qui préside à l'ouverture du testament de Pierre Costant de Saint-Egide; *Layettes*, n° 969 (1211), t. I, p. 371.

(4) Layettes, n° 969 (1211), t. I, p. 371. Sequitur instrumentum de præfato testamento... in præsentia Bertrandi Maurini causidici, Bertrandi de Arena, et sex aliorum, recognito et aperto.

font déclaration de ce qu'on leur a communiqué (1). En toute hypothèse, ils jurent qu'on est en présence des volontés authentiques du *de cujus* (2). La cérémonie se passe devant un groupe de nouveaux témoins (3), et de l'ensemble il est dressé procès-verbal (4). Nous avons dit déjà avec quel empressement le droit canon accueillit cet usage, dont les conciles eux-mêmes favorisèrent la diffusion.

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 499 (1128), col. 950 : — n° 602, § 1 (1155), col. 1178. Il s'agit d'un *testamentum per nuncupationem*, et nous lisons : Hoc testamentum recitatum anno dominicæ Incarnationis MCLVI, nonis junii, sic esse verum tactis sacrosanctis Dei Evangeliis juraverunt apud Montempessulanum, in domo dominæ Ermesendis matris quondam Guillelmus de Omellatio, Petrus Raimundi de Montepetroso, Berengarius de Omellacio, Raymundus de Papiano, magister Durantus, Petrus de Bellanicis, Petrus de Podels presbyteri et Guillelmus Porcelli testes superius scripti in ipso testamento ; sub presentia Ermensendis prædictæ, etc... (16 noms nouveaux).

(2) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 499 (1128), col 950 ; — n° 580, § 2 (1150), col. 1120 : - n° 602, § 1 (1155), col. 1178 ; — t. VIII, n° 14, § 2 (1172), col. 292 ; — n° 47, § 1 (1182), col. 366. — Cf., t. V, n° 474 (1121), col. 894

(3) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 499 (1128), col. 950 ; — n° 580, § 2 (1150), col. 1120 ; n° 602, § 1 (1155), col. 1178 ; — t VIII, n° 14, § 2 (1172), col. 292 ; — n° 47, § 1 (1182), col. 366. — *Layettes*, n° 969 (1211), t. I, p. 371. — Peut-être faut-il citer aussi les témoins supplémentaires introduits pour la *descriptio* du testament de Bernard Aton, vicomte de Béziers (1129) ; *Histoire du Languedoc*, t V, n° 504, col. 958.

(4) *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 499 (1128), col. 950. — Layettes, n° 969 (1211), t. I, p. 371.

CHAPITRE IV

EXERCICE ET LIMITES DU DROIT DE TESTER

Le droit de tester, au Midi, était libéralement organisé. On restait fidèlement attaché à la théorie romaine, qui concentrait aux mains du père des droits très étendus et lui en permettait l'exercice avec une large indépendance. C'était la façon romaine de maintenir la cohésion familiale; ce fut aussi le procédé de nos pays méridionaux pour assurer la stabilité des groupements féodaux : la liberté testamentaire est le principe successoral essentiel des provinces de droit écrit. Mais, bien entendu, ce n'est là qu'une vérité d'ensemble, qui se dégage surtout d'une comparaison avec les pays du Nord; il faut la modifier dans le détail par de multiples tempéraments.

I

Incapacités.

Le système des incapacités présente au Midi et au Nord de nombreuses similitudes. Toutes les règles imposées par la nature même des choses, par l'organisation féodale ou la condition des clercs, sont identiques dans les deux régions. On ne peut relever comme différences notables

que celles qui dérivent de conceptions antithétiques de la famille.

Le *Brachylogus* (1) déclare incapables de laisser un testament : les impubères, les *furiosi*, les prodigues interdits, les condamnés à une peine capitale, les infirmes qui ne peuvent se faire comprendre, les évêques et plus généralement les administrateurs d'établissements charitables relativement aux biens dont ils se sont enrichis depuis leur entrée en charge sans que ce soit à raison de leurs liens de parenté. Sous réserve de la question des prodigues (2), qui se relie au problème de la famille, je ne vois dans ce texte aucun passage qui ne puisse être admis par un jurisconsulte « français ». Il faut seulement remarquer la précision avec laquelle on détermine les biens qui seront considérés comme personnels à l'évêque et laissés à sa discrétion : le *Petrus* (3), ainsi que le *Brachylogus*, exige, si l'acquisition n'en est pas antérieure à la consécration du prélat, qu'ils aient été recueillis dans la succession d'un parent au quatrième degré au plus. De même, selon les temps et les milieux, on a insisté avec

(1) II, 20 (éd. Böcking, p. 60), § 1 : Testamentum quidem facere nec impuberes vel furiosus aut prodigus, cui bonorum administratio interdicta est, quique capitali crimine damnatus est, possunt. § 2 : Item mutus et surdus et cæcus et qui perpetuo morbo laborat non nisi comprehenso constitutionis modo testari possunt. § 3 : Item episcopi et cujuslibet venerabilis domus administrator de rebus post consecrationis diem adquisitis, nise jure cognationis usque ad quartum gradum, testari non possunt.

(2) Viollet, *Histoire du Droit*, 2ᵉ éd., p. 549 et 550.

(3) I, 26 (Savigny, éd. Guenoux, t. IV, p. 305) : Quodcunque episcopus ante episcopatus honorem acquirit, vel post episcopatum jure successionis cognatorum usque ad quartum gradum, sive in descendenti ordine sive in ascendenti, sive laterali etiam licentiam habeat, sive inter vivos, sive in ultima voluntate, sive ecclesiæ suæ, sive alii cuicunque velit, donare. Quod vero post episcopatum non jure successionis acquirit, necesse habet vel ecclesiæ suæ relinquere, vel aliquo modo pro Deo expendere.

plus ou moins de sévérité sur l'incapacité des condamnés. La répression des Albigeois entraîna une recrudescence de rigueur à l'encontre des hérétiques. Raymond de Toulouse (1), en prescrivant la confiscation de leur fortune, défendit formellement qu'aucune partie pût en parvenir à leurs enfants par un procédé quelconque.

Mais ce qui fait l'originalité du droit écrit à ce point de vue, c'est la *patria potestas*, maintenue sous les traits romains au moins dans ses applications patrimoniales (2). Le fils de famille, en principe, acquiert pour son père : c'est dire qu'il ne conserve rien dont il puisse disposer. Exception est faite pour les pécules castrense et quasi-castrense, dont il est le maître absolu, et pour les biens adventices, dont l'usufruit seulement appartient à son père (3). De cette doctrine résulte la subordination des femmes, non point à leur mari, mais à leur père. La cou-

(1) *Layettes*, no 2234 (1233), t. II, p. 248 : Item statuimus quod omnes hereditates eorum, qui hereticos se fecerunt vel facient in futurum, confiscentur et occupentur, sic quod ad liberos eorum vel ad alios successores, qui ab intestato eis deberent succedere si fuissent ortodoxe fidei, per venditionem aut donationem aut alio modo bona predicta non valeant pervenire ; et, si talibus bona predicta reddita fuerint vel ab eis aliter detinentur, ab ipsis penitus auferantur.

(2) Glasson, *l. c.*, t. VII, p. 117 et 545. — Viollet, *l. c.*, 2e édit., p. 866.

(3) *Petrus*, I, 20 (Savigny, éd. Guenoux, t. IV, p. 304) : Quodcunque filius aut filia, qui vel quæ in potestate patris est, acquirit, si castrense peculium est, veluti quod miles ex sua militia acquirit, quod romanis verbis soldatas appellamus, vel si est quasi castrense, sicut quod advocatus ex officio suo acquirit, vel clerici ex suis ecclesiis, vel grammatici ex suis scholis regendis : hæc duo peculia, scilicet castrense et quasi-castrense, ita sunt liberorum, quod in his nec usumfructum nec dominium pater habet... Sin vero adventitium sit, sicut quod acquirit filius prospera fortuna, aut suis laboribus, non ex re patris, nec ejus amore filio datum, in illo usumfructum habet pater, filius vero proprietatem. — *Brachylogus*, II, 17 (éd. Böcking, p. 57), § 2.

tume, il est vrai, modifie très diversement la logique de l'ancienne théorie pour la mettre en harmonie avec les mœurs d'une société chrétienne; mais l'idée primitive reste toujours à la base du système. La coutume de Montpellier, en 1204, nous donne une intéressante idée de ces combinaisons transactionnelles (1). Elle commence par affirmer que la « fille mariée » ne peut pas tester sans le consentement de son père; s'il est mort, il lui faut l'assentiment de sa mère, ou à défaut « de ses proches ». La sanction, c'est la nullité, quel que soit l'âge de la testatrice. On rétrograde, semble-t-il, jusqu'à une tutelle perpétuelle qui serait à la fois cognatique et agnatique (2). Mais voici les tempéraments : dès que l'épouse devient mère, elle acquiert la faculté de disposer à son gré, entre-vifs ou à cause de mort, sans le consentement de personne; même en l'absence d'enfants, elle est libre de laisser à son mari le quart de ses biens. La Coutume de Carcassonne reproduit un enchaînement d'idées analogues, sous réserve de quelques modifications (3). D'abord le droit d'autorisation

(1) § 54. *Layettes*, n° 721, t. I, p. 260 : Filia maritata non potest condere testamentum vel ultimam voluntatem sine consilio patris sui vel matris sue, vel, eis deficientibus, propinquorum suorum; et si donum fecerit marito, vel alicui occasione mariti, vel testamentum sine consilio patris sui vel matris sue vel propinquorum suorum, nullius esse debet momenti, sit ipsa major natu vel minor. Sed hec de filia intelligitur que sine libero est; nam si liberu habuit, queat testari et donare pro libitu suo, sine consilio parentem vel propinquorum. Presentibus autem parentibus vel propinquis, vel absentibus, si per eos steterit quominus interesse velint, potest sine distinctione marito largiri et relinquere quicquid voluerit.

(2) Cf. *Histoire du Languedoc*, t. V, n° 127 (977), col. 280. La vicomtesse de Narbonne n'est exécutrice testamentaire que du consentement de ses fils.

(3) Libertates et consuetudines Carcassonensis civitatis (c. 1204), § 40. *Layettes*, n° 743, t. I. p. 276 : Filia maritata non potest condere testamentum vel ultimam voluntatem sine consilio patris

n'appartient jamais qu'au père et aux parents paternels. Puis les libéralités pieuses jouissent d'un double privilège : elles sont en tous cas permises, comme les legs au mari, jusqu'à concurrence du quart de la fortune ; au cas où le défaut de consentement entraîne la nullité, l'aumône reste valable et doit s'exécuter. Le système de la Coutume de Montpellier se trouvait déjà dans la charte de Saint-Antonin, antérieure d'un demi-siècle (1), mais dans des conditions d'application plus rigoureuses (2) : « Soit une fille mariée n'ayant pas d'enfants. Quand elle veut prendre ses dispositions ultimes, elle doit appeler son père ou sa mère. Si elle n'a plus ni père ni mère, qu'elle appelle quelqu'un de ses plus proches parents. » Les legs au mari, on le voit, ne sont pas cette fois plus favorisés que les autres. Quant à une approbation maritale, il n'en est jamais question, et, de fait, nous possédons un testament concret émané d'une femme dont le mari est vivant, qui lui attribue même des avantages pécuniaires, et qui cependant ne lui demande même pas sa signature (3). Nous

sui, vel, eo defficiente, sine consilio propinquorum suorum, tamen ex parte patris. Et si fecerit, nullius debet esse momenti, sit major ipsa natu vel minor. Mater tamen sit vel non mater, piis locis et miserabilibus personis et viro suo potest relinquere quartam partem bonorum suorum, et non aliquid plus. Presentibus autem parentibus vel absentibus, vel propinquis, potest hoc quod antedictum est relinquere ; et si plus in testamento suo relinquerit alicui homini nisi quartam partem, illud testamentum omnino rescindatur ; sed elemosina quod relinquerit, detur ubi ipsa jusserit.

(1) Voir sur la date de cette coutume les indications de M. Jarriand, *l. c.*, p. 300 et note 4.

(2) Libertates et consuetudines villæ S. Antonini Ruthenensis. *Layettes*, n° 86, p. 59 : Filia maritata non habens infantes, quando vult facere ultimam dispositionem suam, debet vocare patrem vel matrem suam. Et, si non habet patrem vel matrem, vocet aliquem de proximioribus parentibus suis.

(3) *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 285 (1230). Testament

saisissons par là l'esprit de ce droit de famille, si différent du droit de famille coutumier. Comme les Romains, les Méridionaux donnent à l'autorité domestique la filiation pour unique fondement; le mariage ne doit pas troubler la hiérarchie établie par la nature et consacrée par la loi. Les populations du Nord pensent au contraire que le fait créateur de la famille, c'est le mariage, élevé par Jésus-Christ à la hauteur d'un sacrement.

II

Le disponible. — Limitations féodales et coutumières.

Pour les personnes *sui juris* jouissant d'une pleine capacité, la liberté testamentaire est la règle. Ce principe, cher aux esprits méridionaux, est rappelé avec complaisance dans des documents de toute sorte : les statuts locaux (1) comme les actes des particuliers proclament à

d'Ermessinde, comtesse de Foix. Elle accorde à son mari un droit de jouissance viagère, col. 921 : *Dimitto dominum meum et virum meum comitem Fuxensis et vicecomitem Castriboni dominus et potens in omni vita sua de omnia terra mea, ubicumque sit vel fuerit aliquo jure vel aliqua ratione* ; puis elle institue son fils R. de Foix héritier. À la fin, le fils appose son *signum*, mais le mari n'en fait pas autant.

(1) *Confirmation de divers articles de la coutume de Perpignan* (1162) Alart, p. 46 : Omnes autem honores eorum, quos modo habent vel in antea acquirere poterint, sint sui ad eorum voluntates faciendas in perpetuum, salvo censu et usatico domini, in villa Perpiniani et in suis terminis. — Même article dans une nouvelle confirmation de 1172 ; Alart, p. 54 — Coutume de Perpignan (1172-1196), § 28. Ed. Massot-Reynier, p. 18 : Item quilibet potest dimittere bona sua verbo vel scripto cuicumque voluerit, etiam extraneus, si in villa Perpiniani disposuerit suam voluntatem — *Usatici Barchinone Patrie* (1068). § 145. Giraud, *Histoire*

l'envi (1) l'indépendance du chef de famille qui entend régler la dévolution de sa fortune par disposition de dernière volonté. Toutefois le pouvoir du père, si énergique qu'en fût l'affirmation, n'était pas absolu, et de différents côtés se dressaient des obstacles qui en limitaient l'arbitraire. Il fallait compter avec les nécessités du régime féodal et avec certaines tendances plus intimes que favorisait l'influence des pays coutumiers. D'autre part la jurisprudence romaine elle-même avait modéré le droit du testateur par le devoir de laisser une légitime aux très proches parents : le correctif survivait aussi bien que le principe.

Le caractère viager des concessions féodales s'opposa primitivement, au Midi comme au Nord, à la transmission testamentaire ou ab intestat des fiefs et autres tenures. D'un côté comme de l'autre, la patrimonialité et l'aliénabilité des terres relevant d'un seigneur ne s'introduisirent

du droit français au Moyen-Age, t. II, p. 497. Precipimus ut si aliquis alodiarius, miles vel rusticus, alodium suum dare vel vendere voluerit ecclesie vel monasterio, aut alicui dare, licentiam habeat, salvis bajuliis nobilium. — *Coutumes d'Alais* (1200); art. 7. Société scientifique et littéraire d'Alais, 1870, p. 269) (traduction). Nous accordons que tous ceux à qui la loi ne l'interdit pas, puissent faire un testament, et que, toute mauvaise coutume mise à l'écart, les volontés dernières, légalement exprimées, soient observées à perpétuité.

(1) *Histoire du Languedoc*, t. V. nº 109 (c. 960), col. 236. Authoritate sacræ legis præfinitum esse videtur, quicquid homo de reditibus facere voluerit licenter audeat roborare, et roborando perficere — t. V, nº 232 (1052), col. 464 : Legaliter est sancitum atque ab antiquis rectoribus definitum, ut cui quod voluerit facere de sua habilitate potestas sit firma. — t. V, nº 462 § 1 (1118), col. 865. Legalium institutionum salubria decreta antiquitus promulgando sanxerunt, ut quisquis suarum possessionum vel prædiorum substanciam vel redditus distribuere aut manumittere vel dividere voluerit, hoc sub quorumlibet nobilium præsentia, subscriptione aut etiam testificatione inconcussum et stabile et perpetuum valeat permanere. — Lérins, nº 195 (1137), p. 195.

qu'avec lenteur (3). On doit seulement remarquer que le nombre des alleux maintenus au Midi diminuait l'importance pratique des indisponibilités féodales. Puis les suzerains durent peu à peu renoncer à leur droit d'opposition aux changements de vassal et s'abstenir de confisquer les biens de leurs sujets décédés (4). Au XIIIe siècle, ce n'est

(1) Voir par exemple *Usatici Barchinone Patrie* (1068), § 33 et 76. Giraud, *l. c.*, t. II, p. 471 et 480.

(2) Charte accordée par l'évêque d'Elne, relativement aux manses de la ville haute d'Elne (1157) ; Alart, p. 42 : Item ego Artallus, predictus episcopus, laudo, concedo atque convenio vobis omnibus fratribus Helenensis ecclesie canonicis et omnibus successoribus vestris, quod ab ista hora in antea, aliquem de mansis clericorum qui inter valla nostre superioris ville habitant vel habitaturi sunt, a testato vel ab intestato non accipiam nec aliquam exaccionem ibi faciam, et ultime eorum voluntates habeant firmitatem ; et promitto quod per me vel per aliquem successorum meorum de cetero non violentur. — Charte accordée par l'évêque d'Urgell aux habitants de sa ville épiscopale (1165). Alart, p. 46. Ego Bernardus Rogerii gratia Dei Urgellensis episcopus,... dono hominibus Sedis et feminis, atque concedo, qui modo sunt et in antea erunt, quatenus liberam habeant potestatem per omnia tempora de omni honore suo, quem habent vel tenent aut habuerint vel tenerint, facere voluntatem suam cum infante et sine infante, in vita et in morte et post mortem, excepto clerico et milite, salvo mei meorumque successorum censu. De mobili vero liberam et plenam habeant potestatem voluntatem suam in perpetuum faciendi. — Charte accordée par le roi d'Aragon à Villefranche-de-Conflent (1207). Alart, p. 91 : Certum est enim quod, secundum Usaticum Barchinone, *Jus proprium est Potestatis quod, si quis ex hominibus suis sine prole decesserit, Potestas in rebus in mobilibus in locum debet succedere filiorum*. Hoc autem jus nobis competens vobis predictis hominibus Villefranche donamus remittimus laxamus et diffinimus, statuentes et hoc speciali privilegio decernentes ne aliquis vicarius aut bajulus noster presens vel futurus, vel alia quelibet persona, de cetero audeat racione exorchie aliquid exigere vel demandare, auctoritate nostra vel eciam propria, ab aliquo hominum habitancium in Villa francha presencium vel futurorum; set unusquisque decedens sine liberis habeat liberum arbitrium ordinandi et disponendi de rebus et facultatibus suis prout sibi

plus que dans de rares territoires du Sud-Ouest, éloignés des centres romanistes (1), que les immeubles reviennent nécessairement à qui de droit, nonobstant tout testament contraire.

La même région Sud-Ouest s'est également ouverte aux idées de copropriété familiale qui au temps de Philippe-Auguste se manifestaient surtout par l'organisation des « réserves coutumières ». Lorsque Simon de Monfort en 1212 donna des lois à l'Albigeois et aux pays voisins, dont il avait dirigé la conquête, il introduisit en matière successorale, « tant entre barons et chevaliers qu'entre bourgeois et paysans », les usages de la contrée parisienne : les quatre cinquièmes des propres étaient assurés aux héritiers légitimes (2). Mais ce régime ne put s'acclimater dans

visum fuerit legitimam voluntatem, non obstante jure vel consuetudine exorchie. — Charte de franchise de Clayra (1233), Alart, p. 134 : Damus etiam vobis omnibus predictis presentibus et futuris in perpetuum quod omnes res mobiles et immobiles et se moventes, quascumque habetis vel habituri estis, habeatis ad omnes voluntates vestras inde in vita et morte libere faciendas, salvo jure nostro in omnibus. — *Libertates et consuetudines villæ S. Antonini Ruthenensis. Layettes*, n° 86, t. I. p. 58 : In donationibus, in legatis, etc..., illarum rerum, que ab aliquo in feudum sive in emphitheosim in villa Sancti Antonini tenentur, laudimium domino feudi non detur vel consilium ejus non requiratur.

(1) Coutumes de Castéra (1240) ; art 37. Cabié, *Coutumes de la Gascogne Toulousaine*, p. 60. *S'il n'y a pas d'enfants, on ne peut disposer par testament que des meubles et profits; les immeubles restent à qui de droit.* Preterea si aliquis de dictis hominibus omnibus de Castellario nunquam nec aliquo modo suum testamentum facere et disponere voluerit, potest illud facere et debet, et si infantem non habuerit potest dare et disponere de suis bonis et rebus mobilibus ac de omnibus suis lucris, ubicumque et cui ei placuerit, in dominatione sua ; et terre omnes et honores quos tenuerit de suo dominio sint et remaneant cui remanere debuerint.

(2) Lois de Simon, comte de Montfort (éd. Galland, p. 357). (Voir *supra*, p. 478, note 2.)

le milieu où on l'avait transplanté, et dès 1220 la coutume d'Albi revenait au principe de liberté testamentaire (1). Il paraît cependant qu'un certain nombre de familles nobles, issues des compagnons de Simon de Montort, restèrent longtemps fidèles à la législation que leurs ancêtres avaient importée de leurs provinces natales. Ce qu'il importe surtout de remarquer, c'est que les habitants de l'Extrême-Ouest s'attachèrent à des systèmes congénères, qui assuraient au lignage des droits énergiquement protégés (2). A Bazas (3), par exemple, en l'absence d'enfants, le dixième seulement des propres et les trois quarts des acquêts sont disponibles : s'il y a des enfants, on ne peut attribuer à l'un d'entre eux plus d'un douzième de la fortune totale, ni en laisser plus d'un dixième à un étranger. Les érudits modernes ne sont pas encore parvenus à s'expliquer de façon satisfaisante comment de pareilles coutumes ont pu se former dans des régions qui reconnaissaient cependant la suprématie du droit romain (4).

(1) Coutumes d'Albi (1220), art. 1 (Giraud, *Histoire du droit français au Moyen-Age*, t. I, p. 85);... dissero totz acordablament que totz home et tota femna que sia de ciutat d'Albi naturals, o no naturals, que fassa testament o adordenament de sas causas, que aia tenguda o fermetat ses trencament e ses canbiament, que seinher noi puesca far; aia fach son testament dins la vila d'Albi o deforas de qualque mestier o de qualque manieira sia'l hom o la femna que devisara sas causas.

(2) Voir Jarriand, *l. c.*, p. 304 et sq.

(3) Coutumes de Bazas (écrites en 1489, mais remontant, d'après l'éditeur, au XIIe ou au XIIIe siècle), *Archives de la Gironde*, t. XV, art. 11 et 12 (p. 89; sommaires, p. 73); — art. 68 et 69 (p. 110; sommaire, p. 76).

(4) Voir Jarriand, *l. c.*, p. 339.

III

Le disponible. — La légitime.

Il est tout naturel, au contraire, que les pays de droit écrit soient restés fidèles à la *Légitime* (1). La théorie en est unie à celle de l'exhérédation par le *Petrus* et le *Brachylogus*, qui reproduisent le système établi par Justinien dans ses Novelles 18 et 115. Les enfants jouissent d'un double droit, l'un de fond, l'autre de forme. Au fond, ils doivent recevoir, franche et quitte de toute charge, une quote-part déterminée du patrimoine (2) : le tiers de leur part ab intestat, si leur nombre ne dépasse pas quatre ; la moitié, s'il est supérieur. Pour qu'un enfant puisse être privé de cette *portio debita*, que les textes travestissent du nom de *Falcidie* (3), il faut qu'il se soit

(1) Beaune, *Condition des biens*, p. 581. — Boissonade, l. c., p. 336. — Glasson, *l. c.*; t. VII, p. 559. — Viollet, *l. c.*, 2ᵉ éd., p. 867. — Jarriand, *l. c.* passim.

(2) *Brachylogus*, II, 24, § 1 (éd. Böcking, p. 65). Est autem Falcidia, si unum quis vel duos vel tres aut quattuor filios habeat, tertia debitæ portionis ab intestato ; si quis vero quinque vel sex vel plures filios habeat, dimidia portionis ab intestato debitæ. Hanc vero portionem sine omni onere ad parentes ex testamento liberorum seu liberis ex testamento parentum pervenire juris auctores voluere. — *Petrus*, I, 12 (Savigny, éd. Guenoux, t. IV, p. 302). Falcidium debent pater vel mater, vel avus vel avia, vel alii ascendentes omnes liberis suis, non ex voluntate, sed ex necessitate, id est, si unum vel duos vel usque quatuor habeant liberos, debent tertiam partem omnium bonorum. Sin vero ultra quatuor sint, medietatem debent eis parentes ex necessitate... Quiqunque vero solam falcidiam habet, sine omni onere et sine dilatione et gravamine habeat. — Cf. Novelle, 18, ch. 1.

(3) Voir notamment *Brachylogus*, II, 29, § 2 (p. 70). Falcidia hodie, si quidem heres scriptus sit de ascendentibus et descen-

mis dans un des cas d'exhérédation limitativement énumérés par nos textes, et dont la liste est empruntée à la Novelle 115 (1). En la forme, il doit être statué sur le sort des filles comme des fils par une exhérédation ou une institution expresses (2). Au cas d'exhérédation, il faut en outre indiquer le motif qui justifie cette rigueur, et assurer par l'institution d'un autre héritier la validité du testament (3). La sanction varie selon les hypothèses : s'agit-il d'une omission? d'une exhérédation irrégulière ou injustifiée? L'enfant fait tomber par la *querela inofficiosi testamenti* l'acte qui lui préjudicie, et la succession

dentibus, debitæ portionis ab intesto tertia vel dimidia, secundum jam dictum modum; sin vero extraneus heres scriptus sit, quarta suæ institutionis.

(1) *Brach.*, II, 23 (p. 63). — Petrus, I. 15 (p. 302). Le *Brachylogus* reproduit avec exactitude et intelligence la nomenclature de la Novelle (ch. 3); il omet seulement l'exhérédation du fils qui se fait *arenarius* ou mime sans le consentement de ses parents : l'hypothèse n'était plus pratique au Moyen-Age. Le *Petrus* passe sous silence l'inceste avec l'épouse ou la concubine du père, et les manœuvres qui empêchent les parents de tester; il est vrai que ces deux causes d'exhérédation pouvaient être comprises sous la formule plus large : *Si graviter dehonestaverint eos*.

(2) II, 23, § 1 (éd. Böcking, p. 63). Curare autem debet is, qui testatur, liberos suos legitimos aut heredes suos instituere aut exheredare; alioquin inutiliter testatur. — II, 24, § 2 (p. 65). Non solum autem jam natos liberos heredes instituere testatorem oportet, sed etiam postumos ; alioquin agnascendo rumpunt testamentum. — Cf. Nov., 115, ch. 3.

(3) *Petrus*, I, 18 (Savigny, trad. Guenoux, t. IV, p. 303). Ad auferendam liberis hereditatem parentum quatuor necessaria sunt, hæc scilicet : ut liberi nominatim exheredentur, si non omnes exheredare volent; vel generaliter, si volunt parentes liberos suos omnes exheredare; et culpa, propter quam exheredentur, dicatur; et alius instituatur, et causa exheredationis de eo, qui instituitur heres, vera probatur. Si aliquid istorum deficiat, nullum est, quod liberis parentum hereditatem auferat. — *Brachylogus*, II, 21, § 1 (p. 61); — II, 23, § 1, § 2 (p. 63). In exheredando vero causas ingratitudinis exprimere debet. — Cf. Nov., 115, ch. 3.

ab intestat s'ouvre à son profit (1). Il ne peut au contraire exercer qu'une action en complément de la légitime lorsqu'il a été institué, mais que des legs excessifs ont fait tomber son émolument au dessous du minimum qui lui est dû (2). Enfin, conformément aux traditions (3), le cercle des légitimaires comprend les père et mère (4), plus les frères et sœurs exclus au profit de *personæ turpes* (5).

Fort de l'autorité du *Corpus juris civilis*, ce système devait prendre naturellement faveur et s'imposer (6). Le

(1) *Petrus*, I, 17 (p. 303). Si pater vel mater sine justa causa filium exheredaverit, vel præterierit et alium instituerit, vel si in legatis vel fideicommissis, in testamento relictis, totam hereditatem, ita quod nihil filio remaneat, extraneis distribuerit, heres legitimus, id est filius ejus, potest rumpere testamentum inofficiosum, et recuperare omnia bona patris vel matris, qui vel quæ ita defraudaverat filium vel filiam ab hereditate. — *Brach.*, II, 23, § 3 (p. 64); — II, 33 (p. 72), § 1. Rumpitur autem testamentum inofficiosi querela vel agnatione postumi. § 2. Inofficiosi querela est allegatio, qua liberi seu parentes ostendunt se injuste præteritos vel exheredatos... § 4. Ita demum autem quis inofficiosi querela agit, si nihil ex facultatibus defuncti consecutus sit; alioquin autem de repletione Falcidiæ aget. — Cf. Nov., 115, ch. 3.

(2) *Petrus*, I, 17 (p. 303). ... Si vero non exheredaverit, neque præterierit, sed instituendo eum, totam hereditatem legatis exhausit tunc solam falcidiam retinebit. — Brach., II, 33, § 4 (voir note précédente). — Cf. C. j., III, 28, c. 30, pr. et § 1; c. 31.

(3) *Institutes*, II, 18, § 1.

(4) *Petrus*, I, 12 (p. 302). Sed filii non debent parentibus nisi quartam. — *Brach.*, II, 23, § 3 (p. 64) : Quod si nulla istarum causarum probabitur, nec etiam Falcidia relicta filiis vel parentibus probetur, inofficiosi querela rumpitur testamentum. — II, 33, § 2 (p. 73). Voir *supra*, note 1.

(5) *Brach.*, II, 33, § 3 (p. 73). Datur autem hæc inofficiosa querela liberis adversus testamenta parentum vel immodicas donationes: aliis autem personis non datur, nisi fratri aut sorori adversus turpes personas scriptas heredes.

(6) Voir *Assises de la Cour des Bourgeois*, ch. 192 (éd. Beugnot, p. 129) : principe de liberté testamentaire. — Ch. 239, (p. 169) et 240 (p. 170) : justes causes d'exhérédation.



droit canon en admit l'application, consacrant même le cumul de la Légitime et de la quarte Trébellienne au profit du grevé de fidéicommis (1). Les pays de droit écrit suivirent en général les mêmes errements (2). Mais soit par le jeu naturel des principes, soit en vertu d'exceptions à ces principes, on aboutit à certains résultats que Justinien n'avait pas admis. Il est de règle, par exemple, que pour être légitimaire une vocation ab intestat est nécessaire (3). Or de nombreuses coutumes méridionales prononçaient l'exclusion des filles mariées et dotées (4). Fallait-il décider que ces filles établies devraient se contenter de leur dot, même inférieure à la légitime? L'affirmative était logique, quoique rigoureuse; et si l'on admit çà et là un tempérament favorable (5), d'autres contrées s'en tinrent à

(1) X. III, 26, c. 16 et 18. Voir *supra*, p. 501, note 4.

(2) *Usatici Barchinone Patrie* (1068), § 77 et 78. (Giraud, *Histoire du droit français au Moyen Age*, t. II, p. 480 et 481.) L'exhérédation est organisée dans des termes qui se rapprochent beaucoup du texte du *Petrus* sur les mêmes matières (I, 15 et 18). — Coutumes de Perpignan (1172-1196), art. 1. (Ed. Massot-Reynier, p. 5.) Homines Perpiniani debent placitare et judicari per consuetudines ville et per jura ubi consuetudines deficiunt et non per usaticos Barchinone neque per legem Goticam, quia non habeant locum in villa Perpiniani. Or les *Consuetudines* ne s'occupent pas de la question; c'est donc le *jus* qui en fournit la solution; — *Libertates et consuetudines Carcassonensis civitatis* (c. 1204), § 94. (*Layettes*, n° 743, p. 280.) — Charte de Manosque (1206); voir *Archives municipales de Manosque*, p. 12. — Charte accordée par le comte de Provence à la ville de Grasse (1227). *Bulletin de l'Académie du Var*, 1881, p. 41, note 2 : Item dedit et concessit dictos. dominus comes. predictis consulibus et predicto modo recipientibus, quod quilibet Grassensis posset libere testari de bonis suis, et relinquere quid voluerit, et, si ab intestato decederet, succedant ei liberi, vel parentes, si exsistant, vel alii propinqui, *secundum quod juris est*.

(3) Cf. D., I. 2, fr. 6, § 1.

(4) Voir une longue revue des coutumes méridionales dans Jarriand, *l. c.*, p. 254 et sq. — Cf. Boissonade, *l. c.*, p. 344.

(5) Coutumes d'Auvillar (rédigées en 1265, mais reproduisan

la solution rigoureuse, mais logique (1). Chose plus grave : on fit échec en maints endroits à la législation romaine. Nous avons dit comment, à l'Ouest, on renforça les droits de la famille, en lui assurant une réserve d'un taux très élevé ; dans la même région, certaines localités complétèrent le système en restreignant le pouvoir paternel d'exhérédation (2), ou même en le supprimant complètement (3). Le phénomène inverse se produisit vers le Sud-Est. Là aussi on modifia le régime des Novelles, mais cette fois au profit du testateur et de son indépendance. A Narbonne, le chevalier qui par testament fait de son fils un clerc ou un moine peut diminuer à sa fantaisie la part de l'enfant

un droit antérieur), art. 79 (éd. Lagrèze-Fossat, p. 171). Voici la traduction de l'éditeur : Il est de coutume, lorsqu'une femme a reçu de son père une dot en se mariant, qu'elle n'a plus rien à réclamer sur les biens qui composent la succession de son père, qu'elle doit se taire et être satisfaite de la part qui lui est ainsi faite, à moins que sondit père ne lui ait donné davantage par testament ou de toute autre manière, *à moins encore que le droit ne lui accorde une plus grande part.*

(1) Charte du consulat d'Arles (1142), Giraud, *Histoire du droit français au Moyen Age*, t. II, p. 2. ... Et si filiæ dotatæ fuerint a patribus vel a matribus, post mortem, querimoniam illarum ad paternam vel maternam hereditatem venire cupientium cum aliis fratribus vel sororibus secundum antiquam morem Arelatis civitatis consules non recipiant. Similiter querellam sororum quas fratres dotaverint, non recusantibus illis, nec maritis earum, postea contra fratres de hereditate paterna vel materna litem moventium, consules non recipiant. — Coutume d'Alais (1200), art. 11. *Société scientifique et littéraire d'Alais*, 1870, p. 271. — Cf. Jarriand, *l. c.*, p. 259, 281, 315, 336.

(2) Coutumes de Bazas (XIIe ou XIIIe siècle), art. 11. *Archives de la Gironde*, t. XV, p. 89 (Sommaire, p. 73. L'enfant ne peut être exhérédé que dans le cas où il aurait frappé son père ou l'aurait accusé d'un crime devant le juge).

(3) Attesté par une charte de 1318, émanée d'un seigneur de Mauvezin, diocèse de Bazas ; ce seigneur constate la coutume existante, la critique, et demande à être dispensé de l'observer. Voir Jarriand, *l. c.*, p. 326.

ainsi sacrifié (1). A Montpellier, les enfants doivent « se soumettre à la volonté de leurs parents et se contenter de leur legs », quelque modique qu'en soit la valeur (2); s'ils sont entrés en religion, ils n'ont même plus droit à ce legs réductible à l'infini (3). A Alais (4), toute « Falcidie » est exclue; la souveraineté paternelle est absolue. C'est le développement illimité du principe de liberté testamentaire, qui, sous une forme souvent adoucie et malgré quelques dérogations exceptionnelles, finit toujours par reparaître triomphant et dominateur en pays méridional. Grâce à lui, on peut organiser un préciput d'aînesse en

(1) Coutume des nobles de la Vicomté de Narbonne (1232), art. 16. *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 299, col. 962. Item si aliquis miles in testamento suo reliquerit filium suum pro clerico vel pro monacho vel alicui religioso loco, non possit plus petere ille filius, nisi illud quod pater ei donaverit vel dimiserit in testamento vel alio modo.

(2) Coutume de Montpellier (1204), § 55 (*Layettes*, nº 721, t. I, p. 260)... Parens potest quicquid voluerit relinquere liberis; et si modicum sit relictum, non possunt liberi conqueri; sed in omnibus et per omnia, sine questione debiti bonorum subsidii et ejus supplementi, liberi debent parere voluntati parentum et suis legatis esse contenti.

(3) Statutum consulum Montispessulani (1212), § 3. *Layettes*, nº 1015, t. I, p. 381. Si aliquis decesserit ab intestato, habens liberos vel fratres religiosos, vel alios agnatos vel cognatos et alios non religiosos in seculari vita degentes, ille religiose persone, vel loca in quibus vitam religiosam agunt, non possunt succedere patri vel matri cum aliis filiis, vel fratri cum aliis fratribus vel fratrum filiis, nec cum aliis agnatis vel cognatis; sed eis omnibus deficientibus, succedant tantummodo. Sed neque parentes talibus religiosis personis in testamentis suis vel ultimis voluntatibus aliquid relinquere teneantur, testamentis et ultimis voluntatibus eorum nichilominus vigorem suum obtinentibus.

(4) C'est du moins ce qui semble résulter des termes absolus de l'art. 7, dont voici le texte roman : Altreiam a trastotz de far testament ad aquel a cui per leis non es vedat ; et que per totz tempz derreiras voluntatz faitas non corrumpaudamenz sion servadas, tolta la malvaisa costuma (Voir la traduction *supra*, p. 527, note 1).

rompant l'égalité des enfants, que consacre la loi romaine des successions ab intestat : ainsi le droit écrit fournit lui-même les moyens de corriger sa propre économie, et met aux mains de l'aristocratie féodale, sous la forme du testament, l'instrument par lequel elle se perpétue.

PARALLÈLE

entre l'évolution septentrionale et l'évolution méridionale.

Rien de plus curieux, en révisant les étapes parcourues, que de réunir les traits saillants qui distinguent l'évolution du Nord et celle du Midi, pour découvrir ensuite sous ces apparents contrastes des points de contact multiples et inaperçus au premier coup d'œil. Le résultat le plus saisissant qui se dégage de notre étude en partie double, c'est l'opposition profonde, irréductible, au point de vue des actes à cause de mort, entre les deux régions dont se compose notre patrie. Au Nord, l'enthousiasme religieux s'exalte en libéralités prodigues, tandis qu'une technique sans consistance se plie aux transformations les plus souples, et finit par admettre le principe testamentaire qu'elle repoussait d'abord énergiquement. Au Midi, les tendances féodales sont dominantes, et le droit met dès le début à leur service les ressources d'un libre testament. Voilà l'expression synthétique des développements parallèles dont nous avons suivi le cours. Mais en histoire qui dit généralisation dit simplification, et qui dit simplification dit suppression des détails d'arrière-plan, abstraction des courants secondaires où l'inextricable complexité des phénomènes humains s'agite de mouvements contrariés. Le Midi paraît immuable en son attachement au testament romain, et cependant il en perfectionne la constitution par un retour scientifique aux règles de Justinien : il en modifie l'allure par l'introduction des exécuteurs testamentaires : il en transforme la fonction et en fait dévier

la puissance active par des altérations locales de la légitime et du disponible. Au Nord, d'autre part, tout n'est pas changement, et les traditions primitives laissent des traces profondes qui ne s'effacent jamais. Sans doute l'idée de l'acte à cause de mort prend sa place parmi les notions coutumières; mais elle reste à l'état rudimentaire, sans se grandir jusqu'à l'institution d'héritier, ni s'enfermer dans l'appareil rigide du formalisme romain. Le rôle social du testament demeure restreint. Il ne gouverne pas de génération en génération la fortune des familles : c'est à peine si le patrimoine ancestral peut être faiblement entamé par son action, et on limite strictement l'étendue des biens sur lesquels il a prise. Enfin au dessus de ces usages, fixes ou variables, se détache avec une précision que chaque siècle accentue l'exécution testamentaire, qui emprunte peut-être d'obscurs éléments de vie au dépôt sédimentaire des concepts romains, mais qui n'apparaît comme germe organisé que vers la fin de la période Carolingienne sur notre sol français; c'est un produit vraiment national, qui se développe au sein d'influences contradictoires, se dégage de leurs étreintes paralysantes, se crée une réalité autonome, et au début du XIIIe siècle, sous une physionomie non encore définie, mais personnelle et caractéristique, forme le soutien des legs septentrionaux, le cœur et l'âme du testament coutumier.

QUATRIÈME PARTIE

LE SIÈCLE DE SAINT LOUIS

La seconde partie du XIIIe siècle forme une des époques les plus attrayantes de l'histoire : elle marque le moment où une certaine organisation de la société, après un développement lent et pénible, s'épanouit dans l'harmonieuse plénitude de sa force; c'est le point central et lumineux du Moyen-Age. La souveraineté royale s'élève au dessus des puissances féodales ; elle commence à contenir dans de justes limites et à coordonner les efforts d'énergies jusque-là farouchement indomptées. Le sentiment chrétien garde son ardeur d'antan, la générosité de sa flamme expansive, et s'incarne en créations artistiques toutes rayonnantes d'idéale beauté. Si l'on aime à grouper les multiples éléments qui font une grande époque autour d'une figure et d'un nom, il faut appeler celle-là le Siècle de Saint Louis ; car ce grand prince résume en lui-même les traits les plus caractéristiques de son temps, il en symbolise les plus nobles aspirations ; c'est sous sa direction que la France d'alors, sortie du laborieux enfantement des âges de fer, s'anime de cette vie juvénile et surabondante, qui féconde, à l'admiration de l'historien, tous les champs de l'activité humaine.

Le domaine juridique fut touché, comme les autres, de ce renouveau intellectuel, et un mouvement doctrinal intense s'est emparé de nos institutions coutumières pour

les systématiser et les réduire en formules scientifiques. C'est dire que nos sources changent de nature. Tandis qu'antérieurement nous étions réduits d'ordinaire à glaner çà et là dans une moisson de chartes les renseignements nécessaires à nos études, nous avons maintenant le secours abondant de nombreux Coutumiers, c'est-à-dire d'ouvrages où des jurisconsultes, souvent fort éminents, retracent le droit qu'ils voient appliquer autour d'eux.

La Normandie fut la contrée la plus précoce en ce genre de travaux. Dès le début du XIII[e] siècle, elle avait produit le *Très Ancien Coutumier*: un peu plus tard parut le *Grand Coutumier* (1), dont le dernier éditeur, M. Tardif, place la redaction de 1254 à 1258 (2), et que M. Esmein croit pouvoir reporter jusqu'aux environs de 1240 (3). Puis, ce fut le tour du Vermandois. Pierre de Fontaines, bailli de ce pays, donna, entre 1254 et 1259, le *Conseil à un ami* (4), où, sous prétexte de reproduire les usages locaux, il fit surtout œuvre de romaniste : son livre se présente essentiellement comme une compilation des lois romaines (5). A une date un peu postérieure, mais restée imprécise, fut rédigé le *Livre de Jostice et de Plet* (6), qui contient à la fois « le droit coutumier de l'Orléanais et des textes de droit romain et canonique souvent littéralement traduits » (7). Vers le temps de la

(1) E. J. Tardif. *Coutumiers de Normandie*, t. II. Paris-Rouen, 1896.
(2) Tardif, *Introduction*, p. CLXXXV et sq.
(3) « Peu après 1234 ». Esmein. *Histoire du Droit*, 3[e] éd., p. 728, note 2. — Cf. Viollet. *Histoire du Droit*. 2[e] éd., p. 177
(4) Éd. Marnier, Paris, 1846.
(5) Voir Esmein, *l. c.*, 3[e] éd., p. 723. — Viollet, *l. c.*, 2[e] éd., p. 178.
(6) Éd. Rapetti, Paris, 1850 (Collection des documents inédits).
(7) Esmein. *l. c.*, 3[e] éd., p. 724 — Viollet, *l. c.*, 2[e] éd., p. 180.

mort de Saint-Louis (1), fut composé dans le centre de la France un second recueil connu sous le titre d'*Établissements de Saint-Louis* (2). Il se divise en deux livres : à l'exception des neuf premiers chapitres, étrangers d'ailleurs aux questions qui nous occupent, le livre I reproduit la coutume de Touraine-Anjou ; le livre II est consacré au droit de l'Orléanais. Enfin, en 1283, Philippe de Beaumanoir, bailli de Clermont, acheva ses *Coutumes de Beauvoisis* (3), le chef-d'œuvre de notre vieille littérature juridique (4), aussi vigoureusement conçu que gracieusement écrit. Notre vrai droit coutumier, à peine soutenu çà et là de quelques notions romaines, se reflète fidèlement, avec son esprit et ses inventions propres, dans le livre de Beaumanoir : c'est à la science du droit ce que peut être à la théologie la *Somme* de Saint-Thomas. Un chapitre entier est consacré aux testaments (5), et nous trouverons dans ces pages le tableau qui formera le fond de notre exposition (6).

Il convient aussi de faire état des *Assises de Jérusalement*. Si les *Assises de la Cour des Bourgeois* appartiennent à la période précédente, les *Assises de la Haute-Cour* (7) se rapportent au temps où nous sommes arrivés :

(1) « Un peu avant l'année 1272 » Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 725. — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 182.

(2) Éd. Viollet. Paris, 1881-86.

(3) Éd. Beugnot, Paris, 1842.

(4) Voir Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 726 ; — Viollet, *l. c.*, 2e éd. p. 183.

(5) Ch. XII. *Des Testamens, li quel valent et li quel ne valent mie* (éd. Beugnot, t. I, p. 178 et sq.).

(6) *Li droict et lis Coustumes de Champaigne et de Brie*, (Pierre Pithou, *Coustumes du baillage de Troyes*, 1609, p. 334 et sq.), *le Livre des Constitucions demenées el Chastelet de Paris* (éd. Mortet, Paris, 1883) ne contiennent aucune disposition relative au testament. — J'écarte à dessein les coutumiers d'Artois et de Picardie qui m'entraîneraient dans le temps au delà des limites où je me suis enfermé.

(7) *Historiens des Croisades*, Lois, t. I (éd. Beugnot.)

le livre de Philippe de Navarre, qui en constitue la première partie, date du milieu du XIII[e] siècle; les livres de Jean et de Jacques d'Ibelin, la *Clef des Assises de la Haute-Cour*, sont un peu postérieurs (1).

Les textes législatifs d'origine laïque sont loin de présenter pour nous la même utilité que les œuvres doctrinales : les ordonnances royales ne s'occupent guère de droit privé ; ce n'est qu'au Midi que les statuts municipaux et les coutumes locales, rédigées en maints endroits, constituent une classe importante de sources intéressantes (2).

Au contraire le droit canon grossit complaisamment son bagage législatif : conciles et papes continuent de réglementer les matières relevant de l'autorité ecclésiastique : et en 1298, Boniface VIII promulgue (3), sous le titre de *Liber Sextus* (4), une collection de Décrétales choisies parmi celles qui ont paru postérieurement à la codification de Grégoire IX : c'est le troisième élément du *Corpus Juris Canonici*. Un peu auparavant avait été publié un ouvrage de doctrine canonique dont le succès fut immense : le *Speculum Juris*, dû à Guillaume Durant (5), qui naquit près de Béziers, vécut en Italie ou dans la France du Sud, devint évêque de Mende en 1286, et mourut 10 ans après. Il a laissé aussi un *Repertorium aureum* « embrassant l'ensemble des matières du droit canon contenues dans les textes et les gloses (6). »

(1) Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 170.

(2) Nous avons déjà signalé l'inventaire de ces coutumes méridionales dressé par M. Jarriand dans son *Histoire de la Novelle* 118, p. 206 et sq.

(3) Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 796. — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 70.

(4) *Corpus Juris Canonici*, éd. Friedberg, t. II, p. 928.

(5) Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 84.

(6) Repertorium aureum D. Gulielmi Durandi, omnes tam textuum, quam glossarum juris canonici materias complectens... Le *Spe-*

Sur les rapports des pouvoirs spirituel et temporel, nous trouvons de très précieux renseignements dans les actes de la conférence de Vincennes (1). Cette conférence fut réunie spécialement pour trancher les conflits de juridiction qui mettaient en lutte le clergé et les officiers royaux. Elle se place en 1329; mais les faits qui ont fourni la matière de ses discussions s'échelonnent sur toute la série des années précédentes. et se rapportent directement à l'histoire du XIIIe siècle. Pierre de Cugnières. chevalier, conseiller du roi. énuméra en 66 articles les sujets de plainte des laïques: le clergé de son côté présenta au roi une requête de 20 articles, et tout se termina par « un ordre du jour de confiance réciproque (2). » Les questions testamentaires en particulier avaient été vivement discutées, et c'est ce qui fait pour nous l'intérêt spécial du débat.

On n'a pas négligé de classer et de conserver les documents judiciaires. Le *Livre des Sentences du Parloir aux Bourgeois* (3) contient un certain nombre de jugements rendus par la municipalité parisienne postérieurement à 1268 (4). Le recueil traditionnellement appelé *Les Olim* (5) comprend, à partir de 1254, une série d'arrêts du Parlement de Paris, choisis et groupés par le greffier même de

culum et le *Repertorium* ont été édités par Alexandre De Nève, Francfort, 1592.

(1) Il faut les lire dans Durand de Maillane, *Libertez de l'Eglise Gallicane*. Lyon. 1771. T. III. p. 425 et sq.

(2) Jules Roy, *Conférence de Vincennes et Conflits de juridiction* (Bibl. de l'Ecole des Hautes-Etudes; fasc. 73, Mélanges Renier), p. 338.

(3) Edité par Leroux de Lincy, dans l'*Histoire de l'Hôtel de Ville de Paris*, (Paris, 1846), 2e partie, appendice II. p. 99 et sq.

(4) Viollet. *l. c.*, 2e éd., p. 161. — Esmein. *l. c.*, 3e éd., p. 300 et 721.

(5) Ed. Beugnot, Paris. 1839-48 (Collection des documents inédits).

la compagnie, pour permettre à celle-ci, dit M. Esmein, « de se reporter plus facilement à sa jurisprudence antérieure (1). » Au tribunal archiépiscopal de Reims, le *Liber practicus de consuetudine Remensi* (2) joue un rôle analogue ; mais c'est une compilation hétérogène qui « contient pêle-mêle des sentences rendues par les officiaux, des dispositions relatives au style de l'officialité, des chartes, un coutumier à l'usage de la bourgeoisie, etc... » (3). La composition première du livre remonte à la fin du XIIIe siècle : malheureusement il subit des retouches à la fin du XIVe, ce qui nous oblige à ne le consulter qu'avec prudence et réserve.

Les actes concrets de la pratique extra-judiciaire, disséminés dans les cartulaires (4), les histoires locales (5), les publications de tout genre (6), complètent l'ensemble des textes que nous devons mettre en œuvre. Eux seuls nous ont permis de retrouver le droit des Carolingiens et des premiers Capétiens. Au temps de saint Louis, les documents plus clairs nous disent la coutume ; mais les chartes n'en gardent pas moins une valeur instructive. Elles corroborent ce que nous savons par ailleurs, remplissent les

(1) Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 738. — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 161.

(2) Varin, *Archives Législatives de la Ville de Reims* (Collection des documents inédits), t. I coutumes. Paris, 1840, p. 34 et sq.

(3) Varin, *Archives administratives de la Ville de Reims* (Collection des documents inédits), t. I, Notice bibliographique, p. XXXIII et sq. *Adde* p. CXVI, n° 5.

(4) Voir notamment le *Cartulaire de Notre-Dame*, éd. Guérard. Paris, 1850 (Collection des documents inédits).

(5) Dom Calmet, *Histoire ecclésiastique et Civile de Lorraine*, Nancy, 1728 — Dom Devic et Dom Vaissette. *Histoire Générale du Languedoc*, éd. Dulaurier, t. VIII (Toulouse, 1879), etc.....

(6) A consulter, entre autres, une collection de testaments de l'Yonne, dans le *Bulletin du comité des travaux historiques et scientifiques ; Section d'Histoire et de Philologie*, année 1884, n°s 3 et 4, p. 224 et sq.



lacunes des écrits de doctrine, animent d'un peu de vie les théories abstraites : c'est l'accompagnement discret, qui soutient d'un accord continu le récit des œuvres savantes.

Cette rapide revue des sources nous permet de pressentir déjà le travail interne qui s'accomplit au sein des coutumes. Sous la plume des jurisconsultes, elles deviennent moins flottantes et plus précises : leurs vagues contours se solidifient sous une forme définie, et cette forme acquiert parfois une fermeté si résistante qu'elle s'impose à titre durable : le Grand Coutumier de Normandie, par exemple, fut tenu pour un texte officiel et devint la loi des tribunaux (1). Le droit méridional avait trouvé dès le XIIe siècle, dans les principes de Justinien, son ossature définitive ; lorsque le droit du Nord tendit à prendre lui aussi une consistance certaine, l'antinomie des deux législations, des deux jurisprudences, ne fut que plus sensible ; il est donc plus nécessaire que jamais d'étudier séparément, en deux titres successifs, les institutions du Nord et celles du Midi.

(1) Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 730 — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 177.

TITRE PREMIER

LE TESTAMENT COUTUMIER

Le testament coutumier de la fin du XIIIe siècle est le produit de la lente élaboration que nous avons suivie jusqu'ici, et nous allons retrouver dans ses grandes lignes l'institution qui s'est peu à peu dégagée sous nos yeux du chaos des pratiques du Haut Moyen-Age. Cependant, les jurisconsultes qui ont pris à tâche de décrire les actes *mortis causa* de la France du Nord ne se sont pas bornés au rôle d'enregistreurs passifs des phénomènes coutumiers. Nourris de droit romain, ils ont voulu introduire chez nous les principes d'une législation pour eux idéale ; et Pierre De Fontaines ou le Livre de Jostice et de Plet nous renseignent plus exactement sur les règles testamentaires usitées dans ancien l'Empire que sur les observances du Vermandois ou de l'Orléanais. Par contre, Beaumanoir sait se garder de ces intempérances de romanisme : il a compris le mérite de nos coutumes, il en a senti la correspondance aux besoins contemporains ; aussi maintient-il au testament coutumier son aspect original : il le présente en sa pureté native, et je dirais presque avec sa saveur de terroir. C'était faire œuvre d'observateur consciencieux et se conformer à la réalité des faits ; les chartes le prouvent, car c'est seulement dans les détails qu'elles trahissent parfois l'influence romaine.

Rien d'essentiel n'étant changé dans l'objet de nos

études, il est logique de reproduire ici le plan que nous avons fixé pour la partie précédente. Nous aurons donc quatre chapitres :

I. — Fonction du testament. — Compétence en matière testamentaire.

II. — Règles de fond.

III. — Formes des testaments.

IV. — Exercice et limites du droit de tester

CHAPITRE PREMIER

FONCTION DU TESTAMENT. — COMPÉTENCE EN MATIÈRE TESTAMENTAIRE

La direction des testaments continue d'appartenir à l'Eglise ; elle les inspire et elle les juge. Ce n'est pas que quelques tendances divergentes ne cherchent à se faire jour, aussi bien dans les habitudes judiciaires que dans les sentiments des individus ; il y a de curieux symptômes d'un revirement prochain, mais plus importants par ce qu'ils présagent que par ce qu'ils sont en eux-mêmes. Sous réserve des retouches que comporte en histoire toute affirmation généralisée, on peut dire que le testament d'un Français de saint Louis est un acte religieux.

I

Fonction sociale du testament.

Le caractère éminemment chrétien des actes à cause de mort apparait en plein relief au travers des conseils et des explications de Beaumanoir. Lisons par exemple, au § 58 de son chapitre *Des Testamens*, la formule qu'il met à la portée des « simples gens » pour s'acquitter à l'heure suprême, et lorsque tout conseil leur fait défaut, de leurs derniers devoirs sur la terre. « En nom du Pere et du Fil

et du Saint-Esprit, *amen*. Je, Pierres, de tel lieu, fes savoir à toz presens et à venir que je, por le porfit de m'ame. en men bon sens et en men bon memore, fas et ordenne men testament en la maniere qui ensuit... » Puis les diverses clauses prévues se rapportent toutes à des dispositions d'ordre religieux : la pensée de l'éternité anime l'acte entier ; c'en est l'unique raison d'être. D'où cette règle d'interprétation des passages insuffisamment explicites (1) : « S'aucuns fet testament et il a el testament aucune parole obscure ou aucune où il ait deus entendemens, on le doit jugier selonc l'entendement c'on doit avoir pour sauver s'ame. » La formule du § 58 (2) détaille les moyens pratiques d'employer ainsi sa fortune au salut de son âme, et de nombreux documents en confirment les indications. Il fallait d'abord assurer la réparation des injustices qu'on avait commises (3) et le payement des dettes dont

(1) Beaumanoir, XII, 44. — Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244). *Layettes*, t. II, n° 3213, p. 546 : Volo etiam quod si qua ambiguitas oriatur super verbis in testamento meo positis, ad judicium et interpretationem ipsorum testamentariorum meorum spectet omnino, ita quod interpretatio eorum firmiter teneatur. — Volo etiam quod illi testamentarii mei illo ordine procedant in restitucionibus faciendis et in legatis aliis persolvendis quo de jure fuerit procedendum, pensantes quod anime mee utilius fuerit....

(2) Beaumanoir, XII, 58 : « Primes, je voil et ordenne que toutes mes detes soient paiées et tout mi torfet soient amendé. »..... Après doit on dire el testament.... ce c'on veut laissier et departir por l'ame de li par reson d'aumosne.

(3) Testament de Marie, comtesse de Blois et de Saint-Paul (1241). *Layettes*, t. II, n° 2902, p. 443. — Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244). *Layettes*, t. II, n° 3213, p. 545. — Testament de Raoul de Mauléon (1250-51). *Layettes*, t. III, n° 3926, p. 120 : E voil e comant que, de ce que mi aumosner seront certain que ge aurai ou d'autrui dreiture, que il la quitent et la rendent. — Testament de Hodeardis (1254). *Bulletin*, 1884, p. 245, n° 16. — Testament d'un clerc (1269) : *Cart. de N. D.*, t. II, p. 104, n° 117. — Testament de Thiébaut, comte de Bar (1282). Voir l'appendice. — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291) ; *Histoire de la Mai-*

on était grevé (1). En outre, on multipliait les legs pieux, c'est-à-dire les libéralités adressées à des Eglises, des abbayes (2), ou encore destinées à des œuvres charitables (3), telles que le soulagement des prisonniers (4). On n'oubliait pas les domestiques, la *mesnie* (5), non plus que

son de Chastillon. Preuves, p. 72. — Testament de Ferry, duc de Lorraine (1297). *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 546. — *Adde* Concilium Avenionense (1282) c. 10 : Labbe, t. XI, col. 1180.

(1) *Et. de saint Louis*, I, 126 (éd. Viollet, t. II, p. 237). — Et tous les testaments cités à la note précédente.

(2) Nombreux actes du *Cart. de N. D.*, et spécialement : notice de 1254-55 : t. III, p. 390, n° 47. — Testament d'un clerc (1269), t. II, p. 104, n° 117. — Littera de 1270, t. III, p. 162, n° 208. — Testament de Thibaud de Champagne (1257). *Layettes*, t. III, n° 4387, p. 391. — Testament de dame Mabille de Bessi (1260) : *Bulletin*, 1884, p. 246, n° 17. — Testament d'un chevalier (1288), Pérard, p. 569. — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291) : *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 73. — Testament de Ferry, duc de Lorraine (1297). *Histoire de Lorraine*, t. II Preuves, col. 546.

(3) Voir testament de Hodeardis (1234) ; *Bulletin*, 1884, p. 246, n° 16 : Et voluit et precepit dicta Hodeardis quod si, post solucionem prædictorum debitorum, male acquisitorum et legatorum, aliquod residuum fuerit de dictis viginti libris, de illo residuo dicti testamenti executores emant sotulares pauperibus Senonensibus distribuendas, vel panem, die anniversarii sui, pauperibus Senonensibus distribuendum. — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291) : *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 81 : je veill que li surplus qui demorroit de mes meubles, et d'icele année, soit departiz à poures mesnagers, pourres Abbayes, poures gentils homes et fames par mes terres, selon ce que mi executeur verroient qu'il seroit biens

(4) Notice de 1249, dans le *Cart. de N. D.*, t. II., p. 467, n° 103 : Item lego Johanni clerico, filio Guillelmi Pictoris Anseris, quadraginta solidos Parisienses annui census... ; ita quod, post decessum predicti Johannis clerici, predicti quadraginta solidi Parisienses annui census deveniant ad opus captivorum Sancti Maturini Parisiensis.

(5) Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244). *Layettes*, t. II, n° 3215, p. 545 : Ad familiam autem meam remunerandam lego, etc..... — Testament de Raoul de Mauléon (1250-1251). *Layettes*, t. III, n° 3926, p. 120. — Testament de Thibaud de Champagne (1257). *Layettes*, t. III, n° 4387, p. 391 : Et tout premierement nos laissons

les inférieurs dont on était en quelque sorte le patron (1); j'imagine qu'on voyait encore dans ces gratifications à de pauvres serviteurs ou clients des actes agréables à Dieu et méritoires pour le ciel (2). Mais, il faut le reconnaître, parfois des dispositions étrangères à toute préoccupation spirituelle prenaient place au milieu de ces pieuses largesses : Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (3), laisse à sa belle-sœur. Blanche de France, une rente viagère et la jouissance de sa « Meson d'Osteriche », dont la propriété fera retour au roi de France; Ferry, duc de Lorraine (4). règle la dot qui devra être assurée à chacune de ses filles; d'autres délèguent un peu d'argent ou quelques

à nostre mainie, qui nos ont servi et qui nos servent, deus miles livres, à departir par les mains à noz executors de soz diz, selonc ce que il cuideront que li servise aueront esté ou plus grant ou plus petit. — Testament de Thiébaut, comte de Bar (1282). Voir l'appendice. — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291), *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 80. — Testament de Ferry, duc de Lorraine (1297). *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 548 : Je devise à ma meignée tottes telles chevauchures come chacun chevaucheroit et auroit celuy jour.

(1) Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291). *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 81. Voir *supra*, p. 553 note 3.

(2) Le Canoniste *Panormitanus* rangera plus tard les libéralités à un parent pauvre parmi les legs pieux. (Sur X. III, 26. Rubrica, nº 9. — Super tertio Decretalium, p. 110).

(3) Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291). *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 79. Item je lesse à ma chiere suer Madame Blanche fille le Roy de France v. c. L. à prenre chascun an tant com elle vivra sur ma rente que je prens au Temple à Paris. pour reson de la terre d'Avesnes. Et avec ce je li lais et doing ma Meson d'Osteriche, et toutes les apartenances, à tenir tout le cours de sa vie. Et apres son decès je doing et lesse ladite meson et toutes les apartenances à mon chier Seigneur le Roy de France, et à ses hers, à tenir à touzjours mes.

(4) Testament de Ferry, duc de Lorraine (1297). *Histoire de Lorraine*. t. II. Preuves, col. 549.

meubles à des amis (1). Beaumanoir s'exprime donc en analyste très exact, lorsqu'il énumère quatre motifs inspirateurs des dispositions de dernière volonté (2) : le testateur les ordonne « ou por fere restitution de torfet ou por ammosne ou por amor carnele ou en paiement de dete qu'il devoit ». C'est reconnaître à la fois l'existence des legs profanes, « charnels », et leur peu d'importance relative : ils se glissent presque inaperçus au milieu de multiformes libéralités pieuses, dans le texte de Beaumanoir comme dans les chartes des chrétiens pour qui il écrivait.

Le testament continue en effet de servir d'épilogue à la confession *in extremis*. Si l'on a conscience du sens différent qui s'attache aux mots *intestats* et *déconfès* (3), il n'en est pas moins vrai qu'on accouple volontiers les deux expressions comme symboles d'idées habituellement associées en fait (4). La mort sans legs pieux entraîne souvent pour le patrimoine et la famille du défunt des conséquences rigoureuses, mais sans qu'il soit possible de dégager un droit commun de l'*intestatio* ; il n'y a que des faits locaux, des pratiques plus ou moins honnêtes, qui et çà et là se

(1) Testament d'un clerc (1269). *Cart. de N. D.*, t. II, p. 106, n° 117. Item, legavit confratrie Beati Jacobi de Civilliaco quinque solidos ; item, confratrie Sancte Columbe quinque solidos ; item, presbitero de Civilliaco quinque solidos ; item, presbitero de Rungiaco quinque solidos ; item, Matheo Carpentario sex solidos ; item, Guillelmo Hardi duo sextaria bladi que sibi debet ; item, sororibus de Saleeya meliorem culcitram de quatuor quas habet apud Rungiacum ; item, pejorem illarum familie Mathei prepositi.

(2) XII, 46.

(3) *Et. de saint Louis*, I, 93 (éd. Viollet, t. II, p. 150). Le texte suppose *in fine* (p. 152) qu'un *desconfès* laisse un testament.

(4) Charte de 1252-53. *Cart. de N. D.* t. II, p. 154, n° 3. Notum facimus quod, cum hamellus sive villa que Locus vulgariter nuncupatur, infra metas parrochie de Joiaco, Parisiensis diocesis, sita, a parrochiali ecclesia nimis sit remota, propter quod, per absentiam presbiteri, aliqui *inconfessi et intestati*, non sine gravi scandalo populi et animarum periculo, multociens decesserunt.

transforment par consolidation en droits reconnus (1). La seule conclusion qui se dégage des détails concrets, c'est que les pouvoirs publics profitent largement de l'ignominie attachée aux morts impies pour mettre la main sur les biens de ceux qui décèdent dans de pareilles conditions (2). Le Grand Coutumier de Normandie (3) attribue au prince, sous réserve de coutumes spéciales et contraires, les meubles des suicidés, des excommuniés, des *desperati*, c'est-à-dire de ceux qui ont refusé les derniers Sacrements malgré neuf jours ou plus de maladie grave. Les Établissements de saint Louis (4), qui reproduisent la Coutume de Touraine-Anjou, donnent une solution analogue, en substituant le baron au prince et en abrégeant d'un jour

(1) Charte concernant la ville de Montferrant (1292)... le cas de la mortaille, c'est-à-dire, que quand aucun meurt en la ville de Montferrant sans confession, tuit li bien meuble d'icelui sont au seigneur de Montferrant, etc... (cité par Du Cange, éd. Henschel., t. III, vº *intestatio*, p. 872, 2e col.).

(2) Voir Glasson *Histoire du Droit*, t. VII, p. 495.

(3) *Grand Coutumier de Normandie*, ch. 20 (éd. Tardif, t. II, p. 56) § 1 De catallis autem eorum qui sese sunt homicide et eorum qui excommunicati vel desperati moriuntur sciendum est quod princeps Normannie ea debet habere, nec ecclesia in eis aliquid poterit reclamare, cum eorum nullum subsidium prestiterit animabus Hoc sane tamen attendendum est quod si quis hujusmodi catalla ex antiqua consuetudine per prescriptionem vel per instrumenta habere consueverit, eorum perceptione non debet indebite spoliari. § 2 Desperati autem moriuntur qui per novem dies vel amplius gravi egritudine et periculosa oppressi communionem et confessionem sibi oblatam recusant ac differunt, et in hoc moriuntur: terris tamen propter hoc heredes sui non privantur.

(4) *Et. de saint Louis*, I, 93 (éd. Viollet, t. II, p. 150) *D'ome qui muert desconfès*. Se aucuns hom ou aucune fame avoit geü malade VIII jorz et VIII nuiz, et il ne se vousist confesser et il morust desconfès, trestuit si mueble seroient au baron. Mais s'il moroit desconfès de mort soubite, la joutise n'i avroit riens, ne la seignorie... Et se il avoit fait son testament, l'en le devroit garder : car nule chose n'est si granz come d'acomplir la volenté au mort, selonc droit escrit ou Code

le délai d'épreuve. Il importe de remarquer que, d'après ces deux textes, la confiscation a pour cause, non pas l'absence de testament, mais le refus de confession ; et les Établissements de saint Louis ont bien soin d'indiquer que, si par hasard le *de cujus* avait laissé un testament, il faudrait l'exécuter.

Ces usages, qui semblent si étranges aux esprits modernes, s'expliquent naturellement à une époque où l'on était porté à punir tout péché comme un crime public, au moins lorsqu'il y avait scandale. Néanmoins, au XIII[e] siècle, les prérogatives, légitimes ou usurpées, de l'autorité laïque, subissent sur ce point une décroissance manifeste. On excepte, avec une régularité qui se généralise, les personnes mortes subitement du traitement ordinaire des déconfès (1) ; et nombre de seigneurs font remise à leurs sujets de l'*intestatio* (2). Les familles s'ingéniaient, le cas échéant, à remédier aux oublis du défunt, et on voit quelquefois les parents faire après coup un testament pour son compte (3). Mais c'était surtout le clergé qui y pour-

(1) *Et. de Saint-Louis*, I, 93 ; voir la note précédente. — *Gr. Cout. de Norm.* ch. 20, § 2 *bis* (remaniement de la seconde moitié du XIII[e] siècle) ; éd. Tardif, p. 57. Si quis autem aliquo infortunio submersus fuerit, vel combustus, vel roboribus oppressus, vel confractus in fovea, vel ex rupe precipitatus, dum tamen se interficere non intendat, a fidelium communione non est removendus, nec ejus catalla debent in manu principis detineri. — *Olim,* Arrêts de la Chandeleur 1254, n° 25 (éd. Beugnot, t. I, p. 431). Le roi laisse aux héritiers du sang les biens d'une folle qui s'était suicidée.

(2) Charte de Roger, comte de Foix (1230) : Exfranquimus omnes et singulos homines de Valle de Meranges, et eorum proles in perpetuum de exorquia, Intestia, arsina, cugucia, etc... (cité par Du Cange, éd. Henschel, t. III, v° *intestatio*, p. 871, 2[e] col.) — Charte d'affranchissement accordée en 1242 aux habitants de la vallée de Prats (Alart, *Privilèges et titres du Roussillon*, p. 165) — Confirmation des privilèges de Thuir en 1243 (Alart, *l. c.*, p. 173) — Charte de franchise pour Vinça (1245) ; Alart, *l. c.*, p. 177.

(3) Cartulaire du Prieuré de St-Vincent de Loudun (1261) : Noverint

voyait ; les ecclésiastiques s'immiscèrent volontiers dans le règlement de la succession des instestats, pour ordonner au nom du mort les aumônes expiatrices qu'il avait négligées. Le grand Coutumier de Normandie (1) chargeait chaque évêque de régler les legs pieux des fous de son diocèse. En 1248, Innocent IV (2) décida que les biens des intestats seraient appliqués par les évêques aux besoins de la Terre-Sainte. Plus tard, le chapitre de Cahors reçut du Saint-Siège le droit de déterminer librement l'emploi de la fortune des chanoines qui ne laisseraient pas d'acte de dernière volonté (3), tandis que le doyen du chapitre de Sainte-Croix à Orléans renonçait, moyennant 5.000 livres, au droit de disposer des meubles des intestats de son ressort (4). Pour faciliter l'exercice des droits épiscopaux, un concile de Bayeux de l'an 1300 (5) prescrivit aux

universi, quod nos fecimus testamentum pro Petro quondam fratre nostro, sub hac forma, quod nos legavimus pro remedio animæ suæ Monachis de Novilla. Capellanis nostris tres modios vini pro anniversario ejus annuatim faciendo.... — Coutume de Montsaunès (arrondissement de St-Gaudens), 1288, § 10 (Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse, t. VIII, 1859, p. 119) :... Et si quelqu'un est mort intestat, que les successeurs et les amis puissent en toute liberté disposer de ses choses et de ses biens et faire testament en son nom, selon qu'il leur paraîtra être juste.

(1) *Gr. Cout. de N.* ch. 20, § 2 *bis* (remaniement de la seconde moitié du XIII[e] siècle), éd. Tardif. p. 57... Nullus tamen amens, vel vesanus, vel peste frenetica impeditus, a communione ecclesie removendus est, dum tamen, quando erat compos mentis sue, se catholicum exhibebat, nec de talibus fit forisfactura catallorum, si aliquo infortunio fuerint interempti, immo pertinet ad diocesanum episcopum ordinare de illis, cum intentionem amiserint ordinandi.

(2) Voir Fournier, *Les Officialités*, p. 89 et note 2.

(3) Charte de 1297, citée par Du Cange, *l. c.*, t. III, p. 874, 2[e] col.

(4) Acte de 1285. Voir Fournier, *Les Officialités*, p. 89, note 4.

(5) Synodus Baiocensis (1300), c. 57. (Labbe, t. XI, col. 1457) *De morte intestatorum, ut statim nuncietur episcopo, officiali, vel decano.* Volumus et præcipimus, quod si aliquis sacerdos aliquem mori novit intestatum, quod hoc statim quam cito poterit, nobis, vel officiali

prêtres, sous peine de suspension, d'avertir au plus tôt le pasteur diocésain, son official ou tout au moins le doyen du lieu, chaque fois que se produirait un décès sans testament. Toutes ces pratiques se reflètent dans les documents de la dispute de Vincennes. Pierre de Cugnières les dénonce amèrement; écoutons ses doléances (1) : « Les juges ecclésiastiques prétendent dresser inventaire des biens des personnes qui meurent ab intestat, se mettre en possession de leur fortune tant mobilière qu'immobilière, et en faire de leurs mains la distribution soit aux héritiers, soit aux bénéficiaires de leur choix. » Le défenseur du pouvoir temporel signale même des tentatives de chantage (2) : « Dès que les juges d'église apprennent la mort d'un riche ou qu'ils prévoient son décès prochain, ils envoient à son curé des lettres closes, pour lui défendre de l'inhumer, même s'il a fait un testament et reçu les derniers Sacrements. Lorsque les amis du défunt viennent leur demander les motifs de cette conduite, lesdits officiaux affirment que le défunt se livrait à l'usure, ou qu'il

nostro, vel saltem decano loci, nunciare procuret : et hoc sub pœna suspensionis dignum duximus omnibus intimandum.

(1) Art. 64 (Durand de Maillane, t. III, p. 453) Item. Judices Ecclesiastici volunt inventaria facere de bonis illorum qui ab intestato decedunt, voluntque bonorum tam mobilium quam immobilium possessionem habere, et ipsam per manus eorum distribui hæredibus, vel illis quibus volunt de ipsis conferre.

(2) Art. 54 (Durand de Maillane. t. III, p. 454) Item. Judices Ecclesiastici quam citius audiunt quod aliquis dives decessit, vel cogitant quod cito debeat decedere, ipsi mittunt litteras clausas Capellano suo, quod nullatenus ipsum audeat inhumare, licet testamentum fecerit, et Ecclesiastica omnia receperit Sacramenta : Et postmodum cum amici defuncti accedunt ad eos scituri propter quod ista fiunt, dicti Officiales asserunt quod idem defunctus fuit usurarius, vel quod mandata Ecclesiæ non servavit, et tamdiu faciunt corpus super terram teneri, quod oportet amicos defuncti redimere de magna pecuniæ quantitate, antequam ipsum defunctum possint facere sepeliri : Et per talem modum plures magnas summas pecuniæ habuerunt.

n'observait pas les commandements de l'Eglise, et ils se refusent si longtemps à l'enterrement, que les amis sont forcés de consentir un rachat à prix d'or, pour qu'il puisse être procédé à la sépulture. Par ce moyen, beaucoup ont acquis des sommes considérables. » La requête du clergé au roi s'occupe aussi de la question (1) : « Qu'on ne nous empêche pas, demandent les prélats, d'exercer sur les biens des intestats les prérogatives que nous accordent la coutume et le droit. » Ainsi la dispute de Vincennes résume exactement la situation. En fait il y a des prêtres qui ne se font pas scrupule d'extorquer aux familles le plus d'argent possible, et l'absence de testament devient trop souvent l'occasion d'exactions vexatoires : d'où les véhémentes protestations de Pierre de Cugnières. En droit, le clergé est régulièrement admis, en certains pays, à faire valoir sur les biens des intestats des prétentions que sanctionne la coutume : les évêques le constatent, et insistent pour qu'on respecte leurs privilèges, là où ils existent.

II

Règles de compétence.

L'inspiration des testaments restant aussi profondément religieuse que par le passé, il était naturel que les tribunaux d'Église fussent toujours compétents en matière d'actes à cause de mort ; des textes de nature très diverse montrent que les officialités connaissaient de toutes les

(1) Art. 7 (Durand de Maillane, p. 499). Item, quod non impediantur super cognitione viduarum nec pupillorum, nec super bonis intestatorum, quantum ad eos pertinet de consuetudine, vel de jure.

difficultés relatives aux dispositions de dernière volonté (1). Cependant, au XIIIe siècle, les laïques s'alarmèrent assez souvent de l'amplitude de juridiction appartenant aux cours de Chrétienté, et à plusieurs reprises on essaya d'enlever à ces dernières le jugement de certaines catégories de procès (2); mais en général, et sauf en une ou deux circonstances où la lutte fut plus particulièrement aiguë (3), on ne songea pas à comprendre les causes testamentaires dans le nombre des litiges qu'on tentait de séculariser. La Conférence de Vincennes, qui marque l'épisode le plus solennel de ces interminables rivalités, est significative à cet égard : Pierre de Cugnières ne propose nullement de restreindre les pouvoirs judiciaires des évêques par rapport au testament de leurs diocésains : le clergé n'eut donc même pas la peine de demander sous ce rapport le maintien du *statu quo*. Ainsi, les légistes eux-mêmes ne pensaient pas alors que l'Église empiétât sur le domaine de la souveraineté temporelle en tranchant les contestations relatives aux libéralités posthumes.

Mais il est incontestable que les justices laïques jouissaient en ces matières d'une juridiction concurrente. Nous

(1) Voir *Liber Practicus*, no 125 (Varin, *Arch. Législ.* t. I, p. 127); — no 300, p. 239 : — no 325, p. 254 : — no 408, p. 319. — *Cart. de N. D.*, t. III, p. 162, n° 208 (1270). — *Livre de Jean d'Ibelin*, ch. 24 (éd. Beugnot, p. 47). — *Clef des Assises de la Haute-Cour*, § 9 (éd. Beugnot, p. 579). — *Adde Jostice et Plet*, IV, ch. 4 *in fine* (éd. Rapetti, p. 126), qui prohibe le duel judiciaire dans les causes testamentaires : c'est l'indice d'une procédure canonique. — Consulter Fournier, *l. c.*, p. 87 et sq. ; p. 97 et sq. — Glasson, *l. c.*, t. V, p. 253. — Esmein, *l. c.*, 3e éd., p. 283. — Böhmer, *l. c.*, Observatio IV, § 9.

(2) Fournier, *l. c.*, p. 97 et sq.

(3) En 1247, lors de la coalition des barons contre les juridictions ecclésiastiques ; — en 1248, au moment des protestations similaires des échevins d'Arras. — Voir Fournier, *l. c.*, p. 88, note 1 *in fine*, *adde* p. 101 et 103.

le constations au XIIe siècle (1), et nous retrouvons à la fin du XIIIe l'intervention des officiers royaux et du Parlement dans des litiges concernant les actes à cause de mort (2). Beaumanoir expose à ce propos un système qui n'était peut-être pas observé à la lettre dans toutes les provinces, mais qui exprime exactement l'esprit moyen des coutumes contemporaines. Voici l'économie de cette organisation. La connaissance des procès testamentaires appartient essentiellement aux Cours d'Église (3); elles peuvent toujours en être saisies, et les exécuteurs ne sont tenus de répondre que devant elles aux actions qui leur sont intentées (4). Mais s'ils sont condamnés, la justice laïque doit, en cas de besoin, prêter main forte à la justice ecclésiastique, pour assurer l'exécution de la sentence : ce n'est pas que les clercs aient en cette occurrence un droit de réquisition vis-à-vis des officiers publics; seulement, il est bienséant que les seconds défèrent à la « supplication »

(1) Voir *supra*, p. 396.

(2) *Olim*, arrêts de la Chandeleur 1274, n° 5 (éd. Beugnot, t. II, p. 55); — arrêts de la Toussaint 1286, n° 9 (t. II, p. 255); — arrêts de la Chandeleur 1290, n° 7 (t. II, p. 312); — arrêts de la Toussaint 1292, n° 1 (t. II, p. 335). — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291); *Histoire de la maison de Chastillon*, Preuves, p. 81 : Et deffens à touz mes successeurs toutes manieres de exceptions, et toutes barres, fors que de parement : ne ne veill que le procès ne les requestes qui seront faites devant les Prelaz, empeschent en rien le procès, ne les requestes qui seront faites devant mon Segneur le Roy : ne le procès le Roy mon Segneur empesche les procès qui seront fez devant les Prelaz ; et ceste barre especialment tos-je à touz mes successeurs.

(3) XI, 10. Li septimes cas qui apartient a sainte Église, si est des testamens; car s'il plest as execuiteurs à porcacier les biens de l'execussion par le justice de sainte Eglise, fere le poent.

(4) XI, 11. S'il avient qu'aucuns voille pledier à execuiteurs et demander aucune coze par le reson du testament, li execuiteur ne sont pas tenu à respondre en cort laie, s'il ne lor plest, ains en apartient le connissance à sainte Église, et par sainte Eglise doivent li execuiteur estre contraint à paier lor testament.

des premiers (1). Car il importe que la volonté des morts soit observée, et « il est grans besoin que çascune juridi-tions mete s'ayde en fere tenir les testamens qui sont à droit fet, por le sauveté des ames à cex qui les font » (2). C'est pourquoi les exécuteurs sont autorisés à poursuivre, s'ils le jugent préférable, les détenteurs de biens hérédi-taires en cour séculière (3); le seigneur compétent est alors, même s'il s'agit de meubles, celui de la situation des objets litigieux (4). En tous cas, les juges d'Église conservent un droit de surveillance et d'amendement sur les décisions de leurs confrères laïques (5), « car à eus

(1) XI, 11... Et quant il avient que li executeur ne voelent obeir au commandement de sainte Eglise, anchois se laissent escommenier, en cel cas doit bien aidier le justice laie à le justice de sainte Église : car li executeur doivent estre contraint, par le prise de lor biens temporex, à ce que li testamens soit aemplis si comme il doit. Neporquant, le justice laie ne fet pas ceste contrainte au comman-dement de le justice de sainte Eglise, mais à sa supplication. Car de nule riens qui touque cas de justice temporel, le justice laie n'est tenue à obeir au commandement de le justice esperituel, selon nostre coustume, se n'est par grace. Mais le grace ne doit pas estre refusée de l'une justice à l'autre, quant ele requiert benignement.

(2) XII, 1. — Cf. XII, 27 *in fine*.

(3) XI, 10... S'il (les exécuteurs) ont mestier de le justice laie à traire lor biens ens, l'aide ne lor doit pas estre vée, car toutes justices qui requises en sont doivent edier as executeur en cas de testament, si que par defaute de justice le volentés du mort ne demeure pas à estre fete. — *Adde* XII, 59 et 60.

(4) XII, 14. En aucun cas pot on pledier de muebles et de catix par devant le segneur desoz qui il sont; si comme en requerant parties de descendement ou d'esqueanche et en coze qui est laissié en testament; car se propre chose m'est lessié en testament, je le puis fere arester, comme le moie coze, par le segneur desoz qui je le truis; et se nus en veut debattre, la connissance en apartient au segneur desoz qui ele est.

(5) XII, 60... Et se ples de testamens est mis à fin en cort laie, comment que il soit mainburnis ne par quelque gent que ce soit, il loist à le cort de Crestienté qu'il sace comment il a esploitié, si que s'il y a qu'amender par li, doit estre amendé; car à eus apar-tient, etc...

apartient ce qui est fet por le sauveté des ames, plus qu'à autrui. » Voilà proclamée sans ambages la supériorité souveraine des cours de Chrétienté. La jurisprudence canonique conserve en nos matières une influence prépondérante ; aussi les pouvoirs ecclésiastiques s'occupent-ils avec zèle des questions techniques soulevées par les actes à cause de mort ; le Sextus, fidèle à la tradition, consacre un titre aux *Testaments et volontés ultimes* (1).

(1) Sextus, III, 11, De testamentis et ultimis voluntatibus.

CHAPITRE II

RÈGLES DE FOND

Sous le règne de saint Louis, le testament, au sens précis et juridique du terme, acte personnel et révocable (1), existe à la fois en fait et en théorie. La pratique y recourt souvent, et la doctrine, qui en reconnaît l'existence, en détaille les règles constitutives. Mais on est loin de lui laisser prendre le développement qu'avaient permis et favorisé les jurisconsultes de Rome : il ne peut pas s'ouvrir librement à la totalité des combinaisons, parfois si fécondes, où se plaisaient les citoyens de la République et de l'Empire. D'autre part, les opérations entre-vifs sont utilisées à maintes reprises pour des fins civiles qui sembleraient s'accommoder mieux d'actes *mortis causa*. Le testament coutumier reste donc, sous une allure originale, inférieur en puissance au testament romain.

(1) Beaumanoir, XII, 39. Il a difference entre les dons qui sont fet en testament et cix qui sont fet hors de testament, car il est clere coze, que tout che qui est pramis en testament, soient don ou ammosnes ou restitutions, poent estre rapelées par celi qui fist le testament ou apeticiés ou creues à se volenté, tant comme il vit. — *Parloir aux Bourgeois*, 13 août 1293 (*Histoire de l'Hôtel de Ville de Paris*, 2e partie, p. 122) : testament ne prent vertu devant après le deces du testateur.

I

Absence de l'institution d'héritier.

Tout d'abord, l'institution d'héritier, très régulièrement admise dans les actes entre-vifs (1), est exclue des dispositions testamentaires (2). Glanville l'avait dit : *solus Deus heredem facere potest, non homo* (3), et Loisel le répètera comme une maxime fondamentale de notre droit coutumier : *Institution d'héritier n'a point de lieu* (4). Exprimé ou sous-entendu, le brocard est pleinement justifié à l'époque que nous étudions. Les affirmations contraires de *Jostice et Plet* ne sont que des réminiscences des compilations Justiniennes (5) ; elles n'infirment en rien le témoignage qui se dégage de l'ensemble des textes. Beaumanoir ne dit pas un mot de l'institution d'héritier testamentaire ; mais ce silence même est expressif : comment admettre que le chapitre très complet qu'il consacre au testament se taise sur une clause aussi importante, si l'insertion en avait été possible ? (6). Le Grand Coutumier

(1) De Fontaines, XV, 7 (éd. Marnier, p. 111). — Cf. De Laurière, *Traité des Institutions et des Substitutions contractuelles*, t. I, p. 30 (ch. I, n° 24). — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 888.

(2) Voir Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 899. — Glasson, *l. c.*, t. VII, p. 549.

(3) Glanville, VII, 1, § 6 *in fine*. (éd. Phillips, p. 391).

(4) Règle 304 (Livre II, titre 4, § 5) — Cf. règle 300 (Livre II, titre 4, § 1) : Entre testament et codicile n'y a point de différence.

(5) *Jostice et Plet*, XII, 21, § 11 et 15 (éd. Rapetti, p. 252 et 253) — Cf. *Institutes*, III, 1, pr. et § 1, etc.....

(6) *Adde* XII, 19. Les légataires, même universels, ne sont pas hoirs ; mais quelquefois et sous certains rapports, ils sont « conté el nombre des oirs. »

de Normandie ne connaît comme « succession héréditaire » que la dévolution en ligne directe ou indirecte (1) : *a contrario*, il repousse l'hérédité testamentaire. De Fontaines est plus net encore ; un de ses paragraphes (2) commence par reproduire un texte du Digeste qui oppose au fils déshérité l' « hoirs par le testament del père ». Après cette citation, notre auteur reprend l'opposition pour son compte, mais en changeant les termes : le fils devient « li hoyr mis en seisine », auquel l'autre personnage demande la délivrance d'un legs. L'interversion des expressions prouve bien qu'au XIII[e] siècle les actes de dernière volonté ne créent pas d'héritier. La même conclusion ressort d'un document concret, qui se propose précisément de tourner la prohibition coutumière. En 1248, Otto, duc de Méranie, comte Palatin de Bourgogne, désire se donner une de ses sœurs pour héritière unique (3) ; il ne sait comment réa-

(1) Gr. Cout. de N. ch. 23, § 2 (éd. Tardif, t. II, p. 72) Hereditaria est [successio] quando aliquis feodalem percipit successionem ratione hereditatis, ut filius succedit patri vel dominus homini suo, si de consanguinitate ex qua descendit hereditas heredem non habuerit remanentem... § 3 (p. 73) Hereditariarum autem successionum quedam est directa, quedam indirecta. Directa est quando directa linea consanguinitatis hereditas descendit ad filium, ad profilium vel ad aliquem in eadem consanguinatis linea constitutum... Indirecta autem successio est quando nepos vel alius de parentela extra rectam lineam succedit, ut frater fratri, nepos avunculo et hujusmodi. — Cf. § 4 *in fine* (p. 75).

(2) *Conseil à un ami*, XXXIII, 16 (éd. Marnier, p. 386) — Le texte commence par une traduction du Digeste, V, 2, fr. 8 § 19 « Se li filz qui est déshéritez par le devis le père, est en possession del éritage son père, cil qui est fez hoirs par le testament del père demandera l'éritage, et li filz le porra contredire et mettre avant plet de testament qui ne fu pas à droit faiz, autresi come il feist s'il ne tenist pas, ainz demandast. » Et bien s'acorde à nostre usage, que de toz les biens au mort sont li hoyr mis en seisine, et d'els demande l'en les lais.

(3) *Litterae Ottonis, ducis Meraniae, Burgundiae comitis, quibus Alidim sororem suam heredem instituit.* (1248). *Layettes*, t. III, n° 3661, p. 28. Nos Otto, dux Merannie, comes palatinus Burgondie.

liser ses intentions, et n'ose pas compter sur la validité de ses volontés. « Je t'institue héritière *in solidum* », lui dit-il d'abord simplement. Mais, sentant bien que la disposition est sujette à critique, il ajoute aussitôt : si cette clause est inefficace, je t'adopte pour ma fille : si ce procédé ne réussit pas non plus, partage mes terres avec mes autres sœurs.... Et le seigneur termine en précisant les conditions de ce partage.

Ainsi, le testament coutumier reste privé de ce qui faisait la vertu essentielle du testament romain. Sans doute les Français du Nord se sont décidés à accueillir le principe de l'acte à cause de mort ; mais, par une sorte de défiance instinctive, ils craignent d'en pousser les conséquences jusqu'à des extrémités qui leur semblent dangereuses. Ils tiennent à respecter, non seulement les intérêts pécuniaires de la famille, mais ce que j'appellerai ses privilèges d'honneur ou d'affection : ceux-là seuls que désigne la naissance peuvent, en se disant héritiers, prendre socialement la place du défunt ; la volonté de

notum facimus universis presentem paginam inspecturis, quod nos te, Alidis soror nostra dilectissima, heredem nostram tanquam bene meritam instituimus in solidum. Quod si tibi valere non possit, te filiam nostram adobtamus. Si vero hec duo vel alterum eorum tibi valere non debeant, volumus, ordinamus et legamus, ut alie sorores nostre, in Alemania commorantes, que linguam Burgondie ignorant, totam hereditatem nostram Alemanie hereditarie possideant et habeant : tu vero comitatum nostrum Burgondie, cum omni dominio, jure et proventibus omnibus, jure hereditario possideas et habeas post decessum nostrum : ordinantes, volentes et precipientes ut omnia prescripta tibi perfecte valeant vel alterum ipsorum, aut, si necesse fuerit, valeant tibi vel valeat ratione testamenti, donationis vel codicilli, aut quocunque modo ista voluntas nostra tibi valere possit, vel debeat : ita quod ab aliquibus modo aliquo de cetero non valeat impediri. Ut autem hec nostra ordinatio inviolabili gaudeat firmitate, presentem cartam conscribi fecimus et sigillo nostro fecimus roborari. — Actum, etc.....

l'homme ne saurait corriger l'ordre établi par la nature, ni même en combler les lacunes lorsqu'il ne reste que le vide derrière celui qui meurt.

II

Exécuteurs testamentaires.

Ce qui supplée à l'institution d'héritier prohibée, c'est l'exécution testamentaire (1) : elle donne au testament sa véritable allure, et en garantit l'efficacité en fournissant le moyen de réaliser la série des opérations qu'il indique. Le droit anglais en fait même, lorsqu'il s'agit de biens personnels, un élément de validité indispensable, sans lequel l'acte serait frappé de nullité (2). Beaumanoir ne va pas jusque-là, et il nous dit que si la nomination d'exécuteurs ne produit pas effet, le testament n'en demeure pas moins ferme et stable (3). Mais puisqu'il s'en explique, c'est donc qu'un doute était possible ; et de fait, dans le modèle qu'il met au service des disposants pour guider leur inexpérience, l'exécution testamentaire intervient tout naturellement comme soutien de l'acte entier (4) : l'auteur ne

(1) De Laurière, *Glossaire*, v° Exécuteur testamentaire. — Henri Le Fort, *Des Exécuteurs Testamentaires*, p. 32 et 33. — Esmein, *Cours de l'Ecole des Hautes-Études* : exposition complète de la doctrine canonique de l'exécution testamentaire.

(2) Joshua Williams, *Principles of the law of personal property*, 9e éd., Londres, 1876, p. 361. — Stephen, *New Commentaries on the Laws of England*, 11e éd., Londres, 1890, t. II, p. 204. — Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, t. VI, p. 266.

(3) XII, 27 (2e phrase) ; *adde* XII, 59.

(4) XII, 58 : Et après doit on nommer ses executeurs, et donner pooir de metre le testament a execussion, en disant : « Et por toutes les cozes dessus dites mainburnir, j'ai esleu mes executeurs Phelipe, Guillaume et Jehan. » Et doit nommer lor sornons.

prévoit pas qu'on songe à s'en passer. Les documents de pratique sont parfaitement concordants, et dans la France du Nord, au temps de saint Louis, les testaments sans exécuteurs sont une rarçté (1).

Le *de cujus*, en général, désigne non pas un seul, mais plusieurs fiduciaires (2), et il déclare que si l'un d'eux fait défaut, les autres auront pleins pouvoirs de s'acquitter sans lui de la fonction (3). A l'occasion, il les autorise à se choisir de nouveaux collègues qui remplacent les défaillants (4).

(1) Je citerai comme exemple de cette rareté : Testament de Dame Mabille de Bessi (1260), *Bulletin*, 1884, p. 246.

(2) Les preuves abondent : il suffit de renvoyer à la formule de Beaumanoir (XII, 58) reproduite *supra*, p. 569 note 4, et aux testaments cités dans les notes qui vont suivre. — Les testaments à exécuteur unique sont en petit nombre : voir *Cart. de N. D.*, t. II, p. 104, n° 117 (1269) : — t. II, p. 264, n° 23 (1241) ; — t. II, p. 264, n° 24 (1241-42). — *Liber practicus*, n° 245 (Varin, p. 196).

(3) *Testament de Marie, comtesse de Blois* (1241), *Layettes*, t. II, n° 2902, p. 443. — Testament de Jeanne, Comtesse de Flandre (1244), *Layettes*, t. II, n° 3215, p. 546. — Testament de Raoul de Mauléon (1250-51), *Layettes*, t. III, n° 3926, p. 121 : E si ensi esteit que li uns, ou li dui, ou li troi par aventure, fussent lache e negligent de cest men testament aconplir, ou que il n'i peussent estre, ge donc plener comandement e plener poer aus autres, ou à l'un de eaus, dau faire et de l'acomplir. — Testament de Thibaud de Champagne (1257), *Layettes*, t. III, n° 4387, p. 392. — Testament de Thiébaut de Bar (1282) ; voir l'appendice. — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291) ; *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 81.

(4) Testament de Philippe, comtesse de Bar (1241). *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 457 : s'aucun de ces Executours dessus nomez moroit, li autre sui por le conseil Monsignor l'Avèque de Toul en repenroit un. — Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244), *Layettes*, t. II, n° 3215, p. 546 : Quod si forte aliquem vel aliquos predictorum testamentariorum decedere contingat, volo et statuo quod illi qui residui fuerint ad voluntatem suam alium vel alios eligant secundum conscientias suas qui loco illorum testamentarii mei sint et vices suppleant defunctorum. — Testament de Thibaud de Champagne (1255). *Layettes*, t. III, n° 4387, p. 392. — *Cart. de N. D.*, t. II, p. 106, n° 117 (1269). — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois. *Histoire de la Maison de Chastillon*. Preuves, p. 81.

Ces clauses sont prudentes (1), car sans parler des accidents toujours susceptibles d'entraver les actions humaines, tout exécuteur a la faculté de se récuser (2). Toutefois, dès qu'il a accepté l'office qu'on lui destine, il n'est plus à même de se retirer (3) : il doit poursuivre jusqu'au bout la mission qu'il s'est engagé à mener à bonne fin. Quelquefois, peut-être même très souvent (4), le disposant, de son vivant, informe de ses intentions les personnes dont il désire faire ses fiduciaires ; si celles-ci lui donnent leur adhésion, elles sont immédiatement liées, sans plus pouvoir se rétracter (5). Il n'en résulte d'ailleurs aucune réciprocité, et le testateur garde le droit de revenir sur ses premières décisions (6) ; néanmoins nous retrouvons dans cette pratique une curieuse persistance des traditions de défiance à l'encontre des actes à cause de mort : on ne se sent en sûreté que si l'on peut compter

(1) Beaumanoir les recommande, XII, 58 : Et por le peril que li uns des executeurs ou li deus n'aient tel ensoine qu'il ne puissent entendre à le besogne du testament, il est bon c'on doinst pooir à toz ensanlle et à çascun par li, se li autre n'i poent estre. — Cf. XII, 28.

(2) Beaumanoir, XII, 27. S'aucuns fet son testament et il nomme executeurs qui n'i sont pas present, et muert avant qu'il aient pris l'execussion sor aus, il est en lor volenté d'enpenre l'encarque de l'execussion ou du laissier. — Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244), *Layettes*, t. II, n° 3215, p. 546. — Testament de Thiébaut de Bar (1282). — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291). *Histoire de la Maison de Chastillon*, t. II, Preuves, p. 81. — *Liber Practicus*, n° 408 (Varin, p. 319) : Quidam civis remensis in testamento suo tres constituit executores, cum illa clausula : quod si unus, scilicet Ticius qui morabatur Parisius, nollet, aut non posset interesse, alii duo presentes possent exequi.

(3) X, III, 26, c. 19.

(4) Beaumanoir, XII, 27 a contrario. — *Cart. de N. D.*, t. II, p. 406, n° 117 (1269) : executorem suum constituit N...., tunc presentem.

(5) C'est toujours du même passage de Beaumanoir (XII, 27) que se déduisent ces affirmations.

(6) Beaumanoir, XII, 41 et 43.

sur une parole donnée et sur un lien de droit formé entre-vifs.

La situation de l'exécuteur est définie, au temps de Beaumanoir, avec une précision qui ne laisse rien à désirer : nous sommes en présence d'une théorie coutumière à la fois très claire, très logique et très originale. Un mot du grand jurisconsulte de Beauvoisis nous en donne la clé : les exécuteurs « représentent la personne du mort (1) ». Depuis des siècles on pouvait pressentir l'éclosion de cette vérité, qui s'élaborait lentement sous la confusion des essais et des hésitations du Moyen-Age : la voilà maintenant parfaite et dégagée. Le mort se survit à lui-même en empruntant le corps, l'âme, l'action, l'être même de ses exécuteurs : il choisit librement les sujets de cette incarnation posthume, et s'abandonne en toute confiance à leur discrétion (2). Ce sont des traits communs avec l'institution d'héritier, et Beaumanoir s'est peut-être inspiré de certaines formules romaines relatives à l'héritier pour préciser la notion de l'exécuteur : nous avions donc raison d'annoncer que l'un remplace l'autre. Mais cette similitude est loin d'être une identité ; les deux personnages sont aussi différents entre eux que la société chrétienne et le monde païen. Peu importe que l'institution d'héritier ait procédé de pensées religieuses : il s'agissait d'une religion temporelle, pratiquée par un peuple qui n'élevait guère ses pensées au-dessus de la terre, et ne comprenait

(1) Beaumanoir, XII, 26. Executeur, puisqu'il ont recheue l'execussion sor aus, ne poent pas dire que li testamens ne fu pas à droit fes.... Et que li executeur ne puissent fausser le testament dont il sont executeur, il y a bone reson, car il representent le persone du mort et de ce qu'il l'enprirent quant il devinrent executeur, et ce ne leur doit pas estre souffert.

(2) Beaumanoir, XII, 29... Cil qui executeur les fist, les creoit à loiax : et de tant comme il se fioit en aus et il prirent sor aus son testament et n'en firent lor avenant, il sont larron quant à Dieu.

la survivance que comme une continuation de la chair et du sang. Au contraire l'exécution testamentaire est le produit d'une civilisation spirituelle ; elle appartient à des âmes dont les désirs s'élancent déjà vers l'éternité, et qui, se détachant des biens sensibles, ne les veulent employer qu'en aumônes rédemptrices. Pour traduire l'antinomie en langage juridique : tandis que l'héritier, institué à perpétuité, reçoit sur les biens du défunt le droit le plus absolu qui se puisse concevoir, la propriété, — l'exécuteur n'est appelé qu'à une mission temporaire, et ne se trouve relié au patrimoine successoral que par un lien sans consistance durable, la saisine.

C'est encore Beaumanoir qui, après le mot synthétique définissant les exécuteurs, nous donne la formule analytique décomposant leur nature : le testateur « lor doit donner plain pooir de recevoir et de paier — et plenere saisine des biens de quoi li testamens doit être paiés » (1).

Ils apparaissent donc essentiellement comme des mandataires (2) ; c'est-à dire qu'ils « représentent » le *de*

(1) XII, 58.

(2) Un certain nombre d'actes concrets manifestent très nettement cette façon de comprendre les exécuteurs : Testament de Marie, comtesse de Blois (1241) ; *Layettes*, t. II, n° 2902, p. 443 : la testatrice donne à ses exécuteurs *plenariam et liberam potestatem* faciendi permutationes et excambia...... transigendi et componendi,...... donandi. etc... — Testament de Raoul de Mauléon (1250-51), *Layettes*, t. III, n° 3926, p. 121 : E, à totes cez choses devantdites acomplir, ge esles e establis mes executors e mes aumosners l'abbé de Saint-Michea de Lerz et l'abbé de Talemont, prodes homes e relegios, e mes amis e mes feiaus, mon sor Hugue dau Bois, mon oncle et mon sor Thebaut Chasteigner, chevalers, aus queus quatre ge done plener comandement e plenere poeté de faire e d'acomplir les devantdites choses. — *Cart. de N. D.*, t. II, p. 106, n° 117 (1269). Ad hec autem omnia exequenda et quecumque alia facienda, que ad expediendum testamentum suum sunt necessaria, executorem suum constituit magistrum Gaufridum de Gyemo, socium nostrum, tunc presentem ; dans eidem et concedens, super omnibus predictis et quibuscumque aliis bonis suis, plenariam

cujus, et le mode par lequel on leur confère leur titre consiste à leur « donner pooir de metre le testament à excussion (1). » La conception primitive, dont nous avons suivi le développement tourmenté au sein du chaos médiévique, persiste inébranlée et fondamentale; mais un élément réel s'unit à l'élément personnel, pour achever la constitution du type parvenu à son point de perfection : on pourrait dire des exécuteurs que ce sont des *mandataires réels*, et la saisine complète l'ensemble des prérogatives qui leur sont conférées.

Lorsque nous terminions l'étude de la période précédente, nous constations qu'au Nord les exécuteurs testa-

potestatem exequendi predicta, agendi pro ipso, petendi et recipiendi debita sua, et faciendi de eis prout superius est expressum, et omnia alia faciendi que saluti anime sue et executioni predicte viderit expedire.

(1) Beaumanoir XII, 58. — M. Esmein signale la présence concurrente d'une autre conception : les exécuteurs seraient *vice legatarii, vice fideicommissarii*. Ce sont des façons de voir propres aux romanistes et aux canonistes; nous les retrouverons en nous occupant des pays de droit écrit. Mais elles sont étrangères à la France coutumière du XIIIe siècle. La meilleure preuve en est dans le langage du temps : les textes que nous avons à utiliser ne désignent jamais les exécuteurs sous un de ces noms que mettront à la mode les canonistes postérieures et qui éveillent l'idée de fidéicommis; nous constatons l'emploi presque exclusif des termes *exécuteurs, executores, executores testamenti* ou *testamentarii*. — Voir Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244), *Layettes*, t. II, n° 3215, p. 545. — Testament de Thiébaut, comte de Bar (1282). — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291); *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 81. — Testament de Ferry, duc de Lorraine (1297). *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 546. — Testament de Hodeardis (1254). *Bulletin*, 1884, n°s 3 et 4; p. 246, n° 16. — *Cart. de N. D.*, t. II, p. 83, n° 82 (1255); — t. II, p. 87, n° 93 (1249); — t. II, p. 143, n° 58 (1276); — t. II, p. 191, n° 36 (1257); — t. III, p. 32, n° 43 (1300); — t. III, p. 76, n° 80 (1285); — t. III, p. 162, n° 208 (1266). — *Olim*, arrêts de la Toussaint 1286, n° 9 (éd. Beugnot, t. II, p. 255) — *Liber practicus*, n° 235 (Varin, p. 190); — n° 300, p. 239; — n° 325, p. 254 : — n° 398, p. 310 ; — n° 408, p. 319.

mentaires, pour l'accomplissement de leur mandat, prenaient contact avec les choses héréditaires, qu'un rapport matériel s'établissait entre eux et les biens successoraux, mais qu'aucune notion juridique ne ressortait de ces faits. Les Méridionaux, par contre, faisaient entrer ces relations dans la sphère du droit en les rattachant au testament lui-même : le disposant invitait ses exécuteurs à se mettre en possession de telle portion de son patrimoine, destinée aux opérations qu'il confiait à leur loyauté.

Soit par imitation d'usages voisins, soit par développement autonome, les praticiens septentrionaux, dans la seconde partie du XIIIe siècle, se mirent à rédiger des clauses de même style. Quelques chartes curieuses caractérisent la période de transition. Marie de Blois, sur son lit de mort, en 1241 (1), donne à son mari et à sa tante la « pleine et libre puissance » de consentir, relativement à ses héritages, des échanges, des concessions, des transactions, des donations. Le mandat de ces exécuteurs se présente sous une forme très indépendante, et il contient une large faculté de disposition : il implique certainement un droit réel ; mais ce droit réel n'est dégagé ni dans le langage, ni sans doute dans la conscience des parties. Il apparait en 1244, sous la plume de la comtesse Jeanne de Flandre (2) : elle ordonne que tous les meubles qui lui

(1) Testament de Marie, comtesse de Blois (1241), *Layettes*, t. II, n° 2902, p. 442. Voir *supra*, p. 573, note 2.

(2) Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244). *Layettes*. t. II, n° 3215, p. 545. Et volo modis omnibus et ordino quod ad predictos redditus vel proventus, a subscriptis testamentariis meis electos, non apponat manum successor meus per se vel per suos, nec apponi permittat, sed omnes feodatos vel alios ministros, per quos forte illi redditus vel proventus procurantur vel solvuntur, jurare faciat quod nulli omnino solvent predictos redditus vel proventus nisi testamentariis ipsis vel mandato eorum, et ipsis testamentariis prefatos redditus vel proventus conservare teneatur, et ab omni invasore vel

appartiendront au jour de sa mort passeront « dans la main et à la disposition de ses exécuteurs », pour être distribués conformément à ses indications et selon les intérêts de son âme. Quant aux immeubles, son héritier devra se garder de s'en approprier les revenus ; mais il fera jurer aux tenanciers de ne payer les redevances dont ils sont grevés qu'à la personne ou à l'ordre des exécuteurs. Ceux-ci prendront les biens en question jusqu'à complet acquittement des dettes, restitutions et legs, dont la testatrice les a priés de s'occuper. En 1251, Raoul de Mauléon procède de même façon (1) : il commande que toutes les « issues » de sa terre soient reçues par les mains de ses exécuteurs, pendant le temps qu'il juge utile à la réalisation de ses désirs suprêmes. Le dernier pas est franchi en 1282 par Thiébaut, comte de Bar (2), qui « met

molestatore tam ipsos testamentarios quam redditus et proventus predictos suis sumptibus defensare..... Volo insuper et statuo quod omnes juelli mei, reliquie, et libri, vasa aurea et argentea, et omnia superlectilia mea, et indumenta de capella, mensa, camera seu etiam coquina, et si qua alia sunt mea, et omnia mobilia michi specialiter deputata, quecumque in die obitus mei poterunt inveniri, in manu sint et dispositione testamentariorum meorum inferius expressorum ut ipsi disponant super eisdem pro utilitate anime mee secundum conscientias suas, de consilio sororis mee et fratrum ordinis Predicatorum superius nominatorum, nisi super hiis expresse a me verbo vel scripto fuerit ordinatum.

(1) Testament de Raoul de Mauléon (1250-51). *Layettes*, t. III, n° 3926, p. 121. Ge voil e comant que totes les issues de ma terre, en quauque manere que eles issent, les quaus ge retenc e prenc e establis, jusqu'à treis anz ou plus, si mesters est, à faire mes amandes e à paier mes deptes, seient receues par les mains de mes aumosners, en tau manere que mes amandes en poissent estre faites, e mes aumosnes e mes detes rendues. — *Adde* testament de Thibaud, comte de Champagne (1257). *Layettes*, t. III, n° 4387, p. 392. Nos volons que totes les issuées de nostre terre soient an mains de noz diz executor, jusque tant que li oirs qui tenroit la terre après nos lor eust fait bonne segurté que il lor delivrerroit cest dit testament.

(2) Testament de Thiébaut de Bar (1282), voir l'*appendice*.

en la main » de ses fiduciaires, non plus seulement l'universalité de ses meubles, non plus seulement les revenus de ses immeubles, mais quelques-uns de ses immeubles eux-mêmes : l'exécuteur, comme dit Beaumanoir, reçoit la *saisine* des biens qui rentrent dans ses attributions, c'est-à-dire qu'il peut étendre sur eux sa domination et se comporter en maître à leur encontre. Seulement, ce droit réel, sorte de « possession juridique » (1), est spécifié dans sa consistance comme dans sa durée par les circonstances qui en motivent la création, et qui déterminent les obligations ainsi que les pouvoirs de l'exécuteur.

On sent dans cette saisine une succédanée des variétés germaniques de la propriété. A la fin du XIIIe siècle, on essaya de romaniser ces concepts d'origine barbare, et les auteurs modernes (2) ne manquent pas de citer comme un exemple de cette tentative le testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois, daté de 1291 (3).

(1) Champeaux, *La Vestitura ou saisine*, p. 162.

(2) De Laurière, *Glossaire*, v° Exécuteur Testamentaire, p. 221. — Bordier, *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, 2e série, t. I (1844), p. 410. — Beaune, *Conditions des Biens*, p. 397 et note 1.

(3) Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291). Il est utile de reproduire *in extenso* la clause analysée au texte (*Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 80) Item à toutes ces choses qui sont contenues ci dessus, et seront contenues apres, et ès ordenences, et chascunes d'iceles faire et acomplir, je prens touz mes biens meubles que j'auré au jour de ma mort, en quelque chose que ce soit, et par quelque nom qu'il soient apelez : et prens mes issues de toutes mes terres que j'ai, et qui me pevent avenir, et aurai au temps de ma mort, soient en terres, en vingnes, en bois, en estans, en viviers, en las, en rentes de deniers, en paages, en prez, en soluiz, en marais, en pastures, en moulins, en tailles d'omes de cors, et en toutes autres choses, queles que elles soient. Desquels meubles et heritages je baille la sesine à mes executeurs, et me establis possessaresse en nom d'aus, et pour aus, et connois que cele possession comme j'en ai et aurai, en sera trouvée par devers moi au temps de ma mort que je l'ai et aurai, et auo a auoir en nom d'aus : et veill que apres ma mort la possession recourt à aus, et demeurt entierement, iuques à tant que toutes mes

La noble dame donne à ses exécuteurs la « saisine » de tous ses meubles et héritages ; puis elle ajoute, comme si ses fiduciaires étaient rendus *hic et nunc* propriétaires de ses biens : « je me establis possessaresse en nom d'aus, et pour aus,... et veill que apres ma mort la possession recourt à aus, et demeurt entierement » jusqu'à parfait accomplissement des ordonnances du testament. Il n'est pas difficile de démêler dans cette clause incohérente la juxtaposition de deux notions incompatibles. La comtesse commence par conférer la saisine selon la coutume et dans les termes d'usage ; mais le juriste qui la conseillait était imbu d'idées romaines, comme le prouve le contexte même du document (1) ; il se met en tête de faire entrer la saisine d'origine germanique dans les cadres de la jurisprudence classique, et c'est alors qu'il imagine ce constitut possessoire en vertu duquel la testatrice, immédiatement dépouillée de la propriété de ses biens, serait réduite à en exercer la possession *alieno nomine*. Analyser de la sorte la situation respective de l'exécuteur et de son commettant, c'était méconnaître la tradition française et fausser le sens de l'exécution testamentaire. Heureusement l'exemple de Jeanne de Châtillon, ou plutôt de son notaire, ne fit pas fortune. Sans doute le testament de 1291 marque un des premiers pas de la formidable invasion romaniste qui au XIVe siècle fit dévier de leurs voies primitives bon nombre de nos institutions coutumières ; mais ce premier pas, sur le terrain spécial où

doites, touz mes torfez, tous mes lais, toutes mes aumosnes, tuit mi don, toutes mes promesses, et toutes mes ordenences, soit en ce present testament, soit ès ordenences closes, soit par mes lettres pendenz, soient acompli entierement, à l'avisement et à la conscience de mes executeurs.

(1) On y introduit une clause codicillaire : il y est question du « benefice de deviser actions », etc.....

nous sommes placés, n'aboutit qu'à un insuccès et fut suivi d'une marche en retraite : la saisine de l'exécuteur conserva le caractère que précise Beaumanoir.

Il était possible, bien que ce ne fût pas l'hypothèse normale (1), que le testateur, tout en nommant des exécuteurs, eût négligé de s'expliquer sur la question de saisine. Cette circonstance modifiait-elle la situation juridique des mandataires du mort ? En d'autres termes, existait-il à leur profit une saisine, soit légale, soit judiciaire ? La difficulté fit l'objet d'un procès et d'une sentence dont Beaumanoir nous instruit. Pierre était l'héritier de Thomas, et Jean son exécuteur (2). « Il se mirent en droit li quix emporteroit le saizine, ou il comme oirs ou Jehans comme executeres. Il fut jugié que Jehans comme executeres en seroit en saizine, le testament conneu ou prové ; car mout seroit perilleuse coze se li testament estoient empeecié ou detrié par les oirs de cix qui les testamens font. » De ce texte résulte qu'au temps de Beaumanoir le problème était neuf en jurisprudence, ce qui n'a rien d'étonnant puisque la théorie de la saisine en nos matières était elle-même de formation récente ; mais on comprit tout de suite qu'il fallait l'appliquer le plus largement possible, dans l'intérêt d'une bonne administration testamentaire, et nous pouvons dès lors regarder la saisine comme un attribut naturel de tout exécuteur (3).

La saisine permet aux mandataires qui en sont investis de se comporter en fait comme les maîtres des choses sur

(1) Beaumanoir, XII, 58. Le testateur *doit* conférer la saisine à ses exécuteurs.

(2) Beaumanoir, XII, 2.

(3) Voir *Olim*, Arrêts de la Toussaint 1286, n° 9 (éd. Beugnot, t. II, p. 255). Les exécuteurs testamentaires d'une femme mariée demandent la saisine de la moitié des meubles communs et de la moitié des conquêts. Le mari et l'héritier s'y opposent. Le Parlement accorde aux exécuteurs, moyennant caution, la saisine qu'ils réclament.

lesquelles elle s'étend. Ils excluent les héritiers de la domination effective de cette portion du patrimoine, et la maxime *Le mort saisit le vif* (1) est annihilée pour autant. Un document émané de l'officialité de Reims (2) défend aux paroissiens, sous peine d'excommunication, de soustraire à l'action de qui de droit les biens soumis à exécution; il est fort probable, comme le remarque M. Esmein, que parmi les « paroissiens » on visait surtout les héritiers légitimes.

La saisine des exécuteurs, qui n'avait d'autre but que de les mettre à même d'accomplir leur mission, prenait fin quand leur tâche était terminée (3). Mais l'indétermi-

(1) *De Fontaines*, XXXIII, 16 (éd. Marnier, p. 387). — *Ét. de Saint Louis*, II, 4 (éd. Viollet, t. II, p. 337). — *Constitucions demenees el Chastelet de Paris*, § 30 (éd. Mortet, p. 49). — Cf. Glasson, *l. c.*, t. VII, p. 482 et sq., notamment p. 486; — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 830. — Beaune, *Condition des biens*, p. 331 et sq.

(2) *Liber practicus*, nº 300 (Varin, p. 239). Officialis curie *Talis*, *Tali* presbytero in *Tali* decanatu constitutus, salutem in Domino. Cum nobis fuerit intimatum, quod quidam bona pertinencia ad exequucionem testamenti Talis defuncti distrahere intendant, necnon et debita ad dictas exequuciones pertinencia exigere ac levare indebite, in prejudicium exequucionis predicte, et contra voluntatem exequutorum dicti testamenti : vobis in virtute sancte obediencie precipiendo mandamus, quatenus publice, in facie ecclesie, parrochianis vestris auctoritate nostra inhibeatis, sub pena excommunicationis, ne bona ad dictam exequucionem pertinencia distrahant, vel alienent, vel eciam emant, seu debita ad eam spectancia exigant, vel levent, vel aliquid eis solvant indebite, ac in prejudicium dicte exequucionis, contra voluntatem dictorum exequutorum, cum dicti exequutores super bonis hujusmodi parati sint stare juri coram nobis contra omnes conqueri volentes, prout justicia suadebit. Nos enim, si quid a quoquam contra premissa fuerit attemptatum, illud decernimus irritum et inane ; et quid inde feceritis nobis rescribatis, ita quod in hiis exequendis alter vestrum alterum non expectet. Datum, etc...

(3) Beaumanoir, XII, 31 *in fine* : lor pooirs ne dure fors que tant que li bien de l'execussion durent. — Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244), *Layettes*, t. II, nº 3215, p. 545 : Predictos autem proventus trium milium et quingentarum librarum sument subscripti

nation de cette limite semblait parfois incommode (1) ; le *Liber practicus de consuetudine remensi* (2) nous parle d'une convention conclue entre héritiers et exécuteurs pour fixer d'avance et par une sorte de forfait le temps pendant lequel les fiduciaires pourraient retenir les biens successoraux : on borne à un an la durée de cette mainmise. Un pareil accord contractuel prouve qu'à Reims le délai d'un an n'était pas encore de droit. Le Beauvoisis était plus avancé : une fois écoulés un an et un jour à dater d'une publication annonçant le commencement des fonctions des exécuteurs, ceux-ci pouvaient être contraints de « rendre as hoirs le remanant (3) ». Beaumanoir, qui nous explique ce système, en donne excellemment la raison : « s'il n'i avoit taus, il porroient dire malicieusement : Noz volons retenir les biens, porce qu'aucuns ne mueve plet contre noz, si que noz aions pooir de noz deffendre, s'on noz assaut ». Même avant l'an et jour, les héritiers sont autorisés à entrer en jouissance du patrimoine successoral, s'ils fournissent des sûretés qui garantissent l'exact accomplissement des vo-

testamentarii mei donec restitutiones mee omnimodo complete fuerint, et donec etiam elemosine seu legata alia mea, videlicet, decem milia librarum Flandrensium fuerint totaliter et integraliter persoluta. — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291) ; *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 80. — Testament de Ferry, duc de Lorraine (1297) ; *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 548.

(1) Raoul de Mauléon (Testament de 1250-51) fixe lui-même à 3 ans la durée de la saisine de ses *aumosners*. — *Layettes*, t. III, n° 3926, p. 121. — Voir *supra*, p. 576, note 1.

(2) *Liber practicus*, n° 398 (Varin, p. 310) Convenit inter executores et heredes defuncti, quod executores retinerent bona usque ad annum pro exequcione implenda, quo elapso residuum redderent heredibus, proviso executoribus de indempnitate ad arbitrium Ticii.

(3) Beaumanoir, XII, 33.

lontés du mort (1). Toute l'organisation de l'exécution testamentaire repose en effet sur une pensée de défiance à l'égard de la famille (2) : les droits des exécuteurs sont restreints dans la mesure où diminuent les dangers qu'entraînerait la mauvaise foi des héritiers du sang.

Une des prérogatives les plus importantes des exécuteurs concerne l'exercice des actions en justice : mandataires et « représentants » du défunt, ils occupent sa place au cours des procès (3). C'est à eux qu'il appartient de réunir les éléments de la fortune du *de cujus* en poursuivant ses créanciers (4) et les détenteurs de ses biens (5) ;

(1) Beaumonoir, XII, 33 *in fine*, 56. — Testament de Thibaud de Champagne (1257). *Layettes*, t. III, n° 4387, p. 392. Voir *supra*, p. 576, note 1.

(2) Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244) : *Layettes*, t. II, n° 3215, p. 546. Volo autem et ordino quod ad judicium testamentariorum meorum subscriptorum pertineat, et non ad judicium successoris mei, cui et quibus et qualiter restituciones maxime de mobilibus fuerint faciende. — Testament de Thibaud de Champagne (1257). *Layettes*, t. III, n° 4387, p. 392. — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291) ; *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 81 — Testament de Thiébaut de Bar (1282).

(3) *Cart. de N.* t. II, p. 106, n° 117 (1269). Voir *supra*, p. 573, note 2.

(4) *Liber practicus*, n° 408, p. 319. Duo presentes [executores] fecerunt citari coram officialibus remensibus Scium debitorem defuncti, et dederunt ejus libellum.

(5) *Cart. de N. D.*, t. III, p. 162, n° 208 (1270). Proposuerunt in jure, coram nobis, venerabilis vir Guillelmus de Limigniaco, archidiaconus Pissiacensis in ecclesia Carnotensi, et Symon de Nigella, miles, exequtores testamenti seu ultime voluntatis nobilis mulieris Helluidis, quondam uxoris dicti militis, exequtorio nomine, contra nobilem mulierem Avelinam, quondam uxorem defuncti Pagani, quondam militis de Villaribus, quod dicta defuncta Helluidis, quondam laborans in extremis, suum condidit testamentum seu suam voluntatem ultimam ordinavit, in quo seu in qua, pro salute anime sue, multa per legatum reliquit diversis locis et certis personis, et multa de bonis fieri ordinavit..... Qui executores, onus exequtionis dicte ultime voluntatis in se suscipientes, dixerunt etiam dicti executores quod dicta

le cas échéant, ils peuvent même engager une instance contre les héritiers (1). Inversement ils ont à répondre aux demandes dirigées contre la succession (2), et voici comment se déroule la série de leurs opérations (3).

Le disposant les a chargés de procéder au payement et aux restitutions dont il est tenu, en insérant dans son testament cette clause de style : « Je voil et ordenne que toutes mes detes soient paiées et tout mi torfet soient amendé, conneus ou prouvés, par devant mes executeurs (4) ». En conséquence, les hommes de confiance font proclamer dans les Églises de toutes les localités où demeura le défunt que « cil qui vaurront demander detes

Avelina detinet injuste et contra voluntatem ipsorum dictum quintum dicte hereditatis : quod quintum sibi tradere et liberare dicta Avelina recusat, quamvis ex parte dictorum exequtorum super hoc fuerit requisita... Quare petunt dictum quintum a dicta Avelina sibi tradi sive liberari, et quod ista a dictis oppositione et impedimento desistat.— *Adde* Beaumanoir XII, 29 : les cous qu'il (les exécuteurs) ont en pledier por les biens de l'execussion sauver.

(1) *Olim*. Arrêts de la Toussaint 1295, n° 4 (éd. Beugnot, t. II, p. 379). Cum, auditis in nostra curia... executoribus testamenti Benevente, quondam uxoris Stephani Poise-Avant, quondam civis Biturricensis, ex una parte, et Philippo Poise-Avant, filio dicti Stephani, pro se et coheredibus suis, ex altera, super summa duorum millium librarum, etc... — *Liber practicus*, n° 300 (Varin, p. 239) Voir *supra*, p. 580, note 2.

(2) Beaumanoir, XII, § 31 et § 32 : Se li executeur sont enpledié par devant les juges de Sainte Eglise ou par devant cix de le cort laie, pour aucune coze qui apartiegne au testament.....

(3) Beaumanoir, XII, 31 et 58 : c'est à ces deux § que j'emprunte les développements qui suivent.

(4) Beaumanoir, XII, 58. — Testament de Marie, comtesse de Blois (1241). *Layettes*, t. II, n° 2902, p. 443. — Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244) *Layettes*, t. II, n° 3215, p. 545. — *Cart. de N. D.* t. II, p. 106, n° 117 (1269). Voir *supra*, p. 573, note 2 — Testament de Thibaut de Bar (1282). — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291). *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 81 : Et s'il avenoit que aucune doutance, ou aucune question nasquist de mon ordenence dessus dite, ne de chose qui soit

ou torfes, viegnent en tel lieu et à tel jor. » Les réclamants mettent leurs prétentions par écrit ; les exécuteurs sont juges, en vertu des pouvoirs que leur confère le testament, de la sincérité ou de la fausseté des créances : « deux loiax tesmoins » sont requis pour prouver le bien-fondé des demandes qui leur inspirent des doutes. Les testateurs avisés simplifient la tâche des liquidateurs, en spécifiant le nom de leurs créanciers et la somme qu'ils leur doivent (1). Beaumanoir recommande instamment de ne pas oublier cette précaution, « car c'est grant pès et grant delivrance as executeurs et à cex meismes qui sont dit el testament : as executeurs, porce qu'il sont certain de le verité, sans paine, par le tesmognage de celi qui fist le testament : et à chex qui sont nommé el testament, porce qu'il sont delivré du prouver ».

Une fois établi le total du passif, on le compare au montant de l'actif. En cas d'insuffisance de cet actif, on fait subir aux divers créanciers une réduction proportionnelle : puis on remet à chacun ce à quoi il a droit, en respectant les ordres du testateur s'il a désigné les biens qui devaient de préfence être affectés à cet usage (2). Les

contenue ès choses dessus dites, ou ès choses qui s'en sivront, ou en autres ordenemenz ajoinz à ce present testament : je veill que la declaracion en soit à mes executeurs, et que leur declaracion soit d'autel force, et ansi gardée en toutes choses, com se je l'avoie faite. — Testament de Ferry de Lorraine (1297). *Histoire de Lorraine*, t. II. Preuves, col. 546. — Raoul de Mauléon (1250-1251) excepte ses dettes envers sa mère de la procédure ordinaire : sa mère se paiera elle-même par l'exploitation et la vente de la forêt d'Orbestier, et sera « creu de la paie par sa pleine parole » (*Layettes*, t. III, n° 3926, p. 121).

(1) *Cart. de N. D.*, t. II, p. 105, n° 117 (1269) : Nomina autem eorum quibus et in quanto se credit teneri seu eciam obligari sunt hec : decano de Layaco, in viginti solidis, etc..... — Beaumanoir, XII, 58.

(2) Testament de Raoul de Mauléon (1250-51) : *Layettes*, t. III, n° 3926, p. 121. Et voil que mi aumosner la tengent tant (la forest

exécuteurs s'occupent aussi des legs dont la distribution leur a été confiée : c'est de leurs mains que les légataires reçoivent leur dû : mais ces ayants droit à titre gratuit ne peuvent élever de prétentions qu'autant que les créanciers sont désintéressés et les réserves sauvegardées (1) : ils sont forclos lorsque le disponible est absorbé par les dettes et torfès.

Des actes juridiques multiples interviennent au cours de pareilles liquidations : un échange devient urgent (2) ; une transaction s'impose (3) : la constitution d'une charge foncière apparaît comme nécessaire (4) : surtout il faut

d'Orbestier) e l'espleitent e la vendent, que de la vende et des espleiz seient trait li mil marcs, en tau manere que mes amandes poissent estre faites e mes deptes paiées. — Testament de Hodeardis (1234). *Bulletin*, 1884, p. 245, n° 16. — *Cart. de N. D.*, t. II, p. 104, n° 117 (1269). In primis voluit quod debita sua reddantur et male habita restituantur illis quorum nomina inferius continentur, et etiam aliis quibus constiterit ipsum teneri. Item, voluit quod predicta solvantur de bonis suis mobilibus, et, si non sufficiant, voluit quod defectus suppleatur de proventibus et exitibus conquestuum suorum et quinto hereditatis sue. — t. III, p. 163, n° 208 (1270). — Testament de Thiébaut de Bar (1282). — Testament de Ferry, duc de Lorraine (1297). *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 548.

(1) Beaumanoir, XII, 6. — Concilium Avenionense (1282), c. 10. (Labbé, t. XI, col. 1180) : praecipimus ut caveatur in primis, quod absque morae dispendio post testatoris obitum, seu convalescentiam, male acquisitorum quomodolibet fieri debeat restitutio integra, quamdiu ejus sufficere potuerint facultates, antequam legata quaecumque favorabilia persolvantur.

(2) Testament de Marie, comtesse de Blois (1241). *Layettes*, t. II, n° 2902, p. 443. Voir *supra*, p. 573, note 2. — *Cart. de N. D.*, t. II, p. 83, n° 87 (1255).

(3) Testament de Marie, comtesse de Blois (1241). — *Cart. de N. D.*, t. III, p. 32, n° 43 (1300) : Johannes decanus et capitulum Parisiense testantur se vidisse et inspexisse : 1° testamentum defuncti magistri Gaufridi de Gyenmo... 2° compositionem initam inter Symonem, Parisiensem episcopum, et executores testamenti ejusdem Gaufridi de Gyenmo, quam supra retulimus.

(4) Testament de Marie de Blois (1241). Dedi etiam eisdem comiti

vendre des biens (1) pour en verser le prix soit à des débiteurs, soit à des légataires de sommes d'argent. En toutes ces hypothèses, ce sont les exécuteurs qui agissent, conformément aux instructions et aux pouvoirs que leur a laissés le *de cujus*.

Comme d'habitude ils sont relativement nombreux, ils forment tous ensemble un petit collège qui normalement fonctionne en un corps unique. Mais est-il indispensable que tous soient présents et consultés? Comment procède-t-on si l'un d'eux se trouve empêché ou meurt? Ici encore la volonté du testateur est la règle suprême, et nous avons dit déjà que souvent il prévoit et règle l'hypothèse. S'il n'y a pas songé, et qu'un de ses fiduciaires vienne à décéder, Beaumanoir donne le choix aux survivants (2) : ou continuer en nombre réduit la suite de leurs travaux, ou prier soit l'évêque soit le comte de nommer un rempla-

et comitisse, vel eorum alteri, in forma predicta, plenariam et liberam potestatem assignandi domine de Sancta Dieto triginta libratas annui redditus in perpetuum, ubicumque voluerint, super predicta hereditate mea Blesensi. — *Cart. de N. D.*, t. II, p. 21 et 22, nos 22 — 29 (1268) ; — t. II, p. 87, no 93 (1249) ; — t. II, p. 261, no 23 (1241) ; — t. II, p. 131, nos 37 et 38 (1271).

(1) Testament de Raoul de Mauléon (1250-51). *Layettes*, t. III, no 3926, p. 121. — Testament de Hodeardis (1254). *Bulletin*, 1884, p. 246. Item voluit et precepit dicta Hodeardis, quod dicti executores dictas viginti libras capiant super terram ipsius Hodeardis, que terra appellatur Magna Rocula, et quod dicta terra pro solucione dictarum viginti librarum vendatur, et quod si dicte viginti libre non possent integraliter percipi in vendicione dicte terre, defectus in vendicione aliarum terrarum suarum perciperetur. — Testament de Thiébaut de Bar (1282). — *Cart. de N. D.*, t. III, p. 76, no 80 (1285). — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291). *Histoire de la maison de Chastillon*, Preuves, p. 81. — Cf. Beaumanoir, XII, 38 ; — *Liber Practicus*, no 235 (Varin, p. 190).

(2) Beaumanoir, XII, 28. Quant aucuns fet son testament et il fet deus executeurs ou trois, et il n'est pas devisé el testament que li uns ait pooir sans l'autre, et li uns des executeurs meurt avant que le testament soit mis à execussion : por ce n'est pas li testamens de

çant qui tienne lieu du disparu. Le Sextus (1) décide plus généralement qu'en l'absence pour une cause quelconque d'un des membres du collège, les autres auront plein pouvoir de décision et d'action, pouvu bien entendu que le *de cujus* n'ait pas laissé d'ordres contraires.

Lorsque leur rôle est terminé, ils ont des comptes à rendre. Le testateur prend quelquefois la peine de le leur rappeler et de préciser les personnes qualifiées pour recevoir ces comptes (2). Mais même en l'absence de toute mention du disposant, il va de soi que les exécuteurs doivent justifier de leur gestion, sur la demande des héritiers, qui recueillent (3), s'il y a lieu, le reliquat de la succession (4). Par contre, les exécuteurs, mandataires du testateur, doivent être indemnisés de tous leurs débour-

nule valeur, ancois, à le requeste de l'executeur qui vit, li quens ou li vesques li doivent baillier un compaignon ; et s'il ne le requiert si pot il aler toz seus es besognes de l'execussion acomplir, si que le volenté du mort soit acomplie.

(1) Sextus, III, 11, c. 2, § 1. Sane, pluribus a testatore simpliciter exsecutoribus deputatis, uno eorum mortuo, vel in remotis agente, aut id exsequi forte nolente, ne voluntatem testatoris impediri vel nimium differri contingat, poterit alius, nisi testator expresse aliud expresserit, officium exsecutionis injunctæ libere adimplere. — Cf. *Liber Practicus*, n° 408, p. 319.

(2) Testament de Thiébaut de Bar (1282) — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291). *Histoire de la maison de Chastillon*, Preuves, p. 81.

(3) Beaumanoir, XII, 30 : Il loist bien as hoirs de celi qui fet testament, qu'il demandent conte as executeurs des biens qu'ils orent por le testament acomplir, par deus resons : le premiere resons est porce qu'il sacent que le volenté de leur predecesseur soit acomplie ; et le seconde, porce que s'il y a remanant des biens par desor l'execussion paiée, ce doit estre rendue as hoirs. *Adde* XII, 57. — *Liber Practicus*, n° 325 ; p. 254 : formule de reddition de comptes devant l'official.

(4) Beaumanoir, XII, 30, 33 et 57. *Liber practicus*, n° 398, p. 310.

sés (1), et rien n'interdit à leur commettant de les gratifier par surcroît de quelque legs rémunérateur (2).

Les lourdes obligations qui pèsent sur l'exécuteur et les opérations multiples auxquelles il doit concourir écartent les incapables de ces graves fonctions. Le religieux notamment est inapte à s'en acquitter, puisqu'il n'a pas de volonté propre et qu'il faut à tout moment prendre parti et agir. Mais une décrétale de Boniface VIII (3) lui permet d'accepter ce mandat posthume si son supérieur y consent : l'assentiment de l'abbé vaut comme une sorte d'*auctoritas* qui fait revivre entière la personnalité mutilée du moine.

Le *de cujus* place quelquefois à côté de ses exécuteurs des surveillants, des directeurs, qui les assisteront de leurs conseils (4). En tous cas le droit canon et la cou-

(1) Beaumanoir, XII, 29. Li executeur, toutes les fois qu'ils assanlent ou qu'il vont es affaires pour l'execucion, il poent penre lor despens resnables sor les biens de l'execussion, selonc lor estat, et aussi les cous qu'il ont en pledier por les biens de l'execussion sauver. — Testament de Thibaud de Champagne (1257). *Layettes*, t. III, n° 4387, p. 392 ; et volons que, quant cil dit executor assambleront ansamble por nostre besoigne faire, puissent panre lor despans an noz issuées de Colomiers qui ne sont assenées, ou an noz autres issues de nostre terre. — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291). *Histoire de la Maison de Chastillon*. Preuves, p. 80 et 81.

(2) Concilium Bituricence (1286), c. 28 (Labbe, t. XI, col. 1258). Item statuimus, quod executores, titulo emptionis, vel alio, nihil de bonis retineant testatoris : nisi ab ipso testatore legatum sibi expresse fuerit vel concessum. Quod etiam sine auctoritate judicum non poterunt retinere.

(3) Sextus, III, 11, c. 2, pr. Religiosus, exsecutor ab aliquo in sua voluntate ultima deputatus, non potest, quum velle vel nolle non habeat, hujusmodi officium suscipere vel exsequi, nisi a superiore suo petita super hoc licentia et obtenta.

(4) Testament de Philippe, comtesse de Bar (1241). *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 457. De cest Testament fais-je executours Maitre Richier l'Archidiacre de Toul, et Frere Jake le Priour des Preschors de Metz, et Signor Viarnier Chastelain de Monçon, par

tume laïque leur imposent un contrôle constant : il faut que les volontés des morts soient accomplies ; on y voit un intérêt d'ordre public ; ceux qui sont chargés de les réaliser sont des semi-fonctionnaires, des quasi-magistrats, et les représentants de l'autorité spirituelle ou temporelle suivent leur conduite d'un œil vigilant. Beaumanoir donne à ce propos des pouvoirs égaux au comte et à l'évêque : tous deux sont qualifiés pour nommer le successeur d'un exécuteur décédé (1), pour demander des comptes à ceux qui ont fini leur tâche si les héritiers n'en prennent pas l'initiative (2) ; tous deux ont le devoir de « fere metre le testament à execussion par loial gent », lorsque les hommes à qui le disposant avait accordé sa confiance s'en rendent indignes par leur négligence (3). Les documents de pratique montrent à l'œuvre cette dua-

le conseil de Monsignor l'Avèque de Toul, et s'aucun de ces Executours dessus nomez moroit, li autre sui por le conseil Monsignor l'Avèque de Toul en repenroit un. — Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244). *Layettes*, t. II, n° 3213, p. 543. *La comtesse lègue* intuitu restitutionis faciende generaliter..... decem milia librarum Flandrensium eroganda per executores testamenti mei ubi et sicut a me expresse fuerit ordinatum et in litteris meis videbitur contineri. Quod si forte nichil me super hoc scribere contingeret, volo quod executores mei subscripti credant super hoc Karissime sorori mee Margarete domine de Dampetra, priori Insulensi, et priori Valencenensi, ordinis Predicatorum, fratri Petro de Scelinis, fratri Michaeli, et fratri Henrico de Querceto, vel duobus istorum, ut faciant et distribuant sicut predicta Karissima soror mea et dicti fratres, vel duo predictorum, me dixerint ordinasse. De hiis autem de quibus expresse verbo vel scripto non ordinavero, executores mei subscripti faciant pro utilitate anime mee secundum quod eis melius videbitur, distribuentes ea in terra nostra de consilio predicte sororis mee et fratrum predictorum.

(1) Beaumanoir, XII, 28. Voir *supra*, p. 586, note 2.

(2) Beaumanoir, XII, 30. Se li hoir n'en demandoient pas conte, se le doit demander li quens ou li evesques et contraindre les executeurs à ce qu'il en facent lor avenant.

(3) Beaumanoir, XII, 59.

lité de compétences administratives (1). Celle du comte dérivait de la coutume et se justifiait par l'intérêt général. Celle de l'évêque reposait sur des textes précis : nous avons analysé déjà les canons du *corpus* qui forment la base du système (2) ; les dispositions en furent par la suite reprises et affermies : un concile de Bourges de 1286 (3) invite les évêques, et plus généralement tous les ecclésiastiques investis d'un pouvoir juridictionnel, à remédier à l'incurie des exécuteurs ou des héritiers oublieux de leurs devoirs. Pierre De Cugnières (4) se plaint d'un zèle excessif des clercs en cette matière : les juges d'Eglise, gémit-il, se prétendent exécuteurs de tous les testaments. Les prélats, en revanche (5), demandent formellement qu'on

(1) *Olim*, Arrêts de la Toussaint 1286, nº 9 (éd. Beugnot t. II, p. 255) le Parlement procède lui-même à l'exécution du testament d'une défunte, en attendant que les exécuteurs aient fourni caution au mari et aux héritiers. — Arrêts de la Toussaint 1286, nº 1 (t. II, p. 335). Surveillance par le Parlement des exécuteurs testamentaires de Marguerite, dame de Couci. — *Liber Practicus*, nº 325, p. 254 : reddition de comptes par les exécuteurs au tribunal de l'official. — nº 235, p. 190 : vente effectuée par les exécuteurs *cum decreto officialis*.

(2) X. III. 26, c. 3 et 6. — *Jostice et Plet*, XII, 21, § 21 (éd. Rapetti, p. 254).

(3) Concilium Bituricense (1286), c. 29. (Labbe, t. XI, col. 1258). Quia vero nihil est quod tam hominibus debeatur, quam quod supremae eorum voluntates executoribus mandant ; nec est, quod negligentius persolvatur : idcirco injungimus praelatis, et universis jurisdictionem habentibus specialem, ut si executores, seu heredes, in exequendis decedentium voluntatibus inveniuntur negligentes, ipsas fideliter executioni demandent, prout in sanctis constitutionibus est statutum.

(4) Art. 65. (Durand de Maillane, t. III, p. 455) Praefati Judices testamenta quaecumque volunt per manus suas executioni tradere, inventoria facere bonorum defunctorum, eademque bona servare et haeredibus distribuere, et habent Officiales et Judices qui super his exequendis dumtaxat deputati sunt.

(5) Art. 5. (Durand de Maillane, t. III, p. 499) Item, quod non impediantur super inventariis faciendis de bonis defunctorum, quorum de jure, consuetudine, vel compositione executores existunt.

ne les trouble pas dans l'exercice des privilèges qu'ils tiennent du droit, de la coutume ou de la convention, et les choses restent en l'état. Sans doute des abus de pouvoir se sont produits çà et là ; mais il faut le reconnaître, le système franchement coutumier, celui de Beaumanoir répondait à merveille aux sentiments de la France chrétienne : les mourants voulaient être assurés qu'on respecterait pieusement les dispositions dont ils attendaient le salut de leur âme : par crainte de la cupidité de leurs héritiers, ils en confiaient le soin à des amis désintéressés ; pour plus de prudence, en des époques violentes, on soumettait les exécuteurs eux-mêmes à un contrôle organisé sur les bases les plus larges : on ne peut qu'admirer ce luxe de précautions, « car nule chose n'est si granz come d'acomplir la volenté au mort (1) ».

III

Les Legs

L'exécution testamentaire n'est pour le disposant qu'un moyen d'arriver à ses fins : son but, ce sont des restitutions et des libéralités ; l'exécuteur n'est que l'intermédiaire qui transmet aux bénéficiaires qu'on lui désigne le montant des dettes, la valeur des torfès, l'objet des legs. Beaumanoir décrit minutieusement les règles qui président à la rédaction, à l'interprétation et à l'exécution

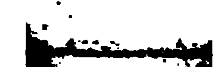
(1) *Ét. de saint Louis*, I, 93 (éd. Viollet, t. II, p. 152) : phrase ajoutée par le compilateur des *Etablissements* au texte primitif de la Coutume de Touraine — Anjou. — Cf. *Jostice et Plet*, XII, 3, § 3 (éd. Rapetti, p. 225) : l'en doit mout la volenté au mort acomplir.

des legs (1). L'ensemble de cet exposé ne saurait trouver place au cours d'un travail qui ne s'attache qu'aux traits caractéristiques de l'acte à cause de mort, pour en dégager la physionomie et si possible en retrouver l'esprit. Mais je retiens deux paragraphes, plus remarquables parce qu'ils intéressent à la fois la psychologie du XIII[e] siècle, ou tout au moins de son plus illustre jurisconsulte, et ce qu'on pourrait appeler la physiologie du testament, le fonctionnement interne de l'institution : il s'agit du legs conditionnel et du legs de la chose d'autrui.

Il est loisible au *de cujus* de subordonner un legs à une condition (2) : en pareil cas les exécuteurs ne consentiront à la délivrance qu'autant que le destinataire fournira des sûretés garantissant son obéissance au désir de son bienfaiteur. Mais on excepte les conditions « qui sont contre Dieu ». Celles-là sont susceptibles d'un double traitement : tantôt elles entraînent la nullité de la disposition entière ; tantôt elles sont simplement réputées non écrites, sans nuire à la libéralité qu'elles affectent. Soit, par exemple, une clause ainsi conçue : « je laisse à Pierre cent livres, en tel maniere qu'il me venge de Jehan qui me bati. » *L'animus donandi* n'existe pas ici, c'est un désir de vengeance qui le remplace ; la condition immorale est la cause de l'opération : modalité et disposition principale procèdent d'une volonté unique, forment un tout indivisible que le droit annihile d'ensemble. Suppposons maintenant un legs adressé par un mari à sa femme sous la condition de ne pas se remarier. Cette fois les deux parties de l'acte peuvent être séparées : une intention libérale sert

(1) Beaumanoir, ch. XII : interprétation des legs, § 44, 51, 53 : — objet des legs : § 47 : — légataire propriétaire de l'objet légué : § 48 : — unité d'objet et pluralité de légataires : § 50 : — amélioration, détérioration et perte de la chose léguée : § 52 et 54.

(2) Beaumanoir, XII, 55.



de support au legs, qui subsiste inattaquable ; la condition au contraire est « mauvaise » ; on l'efface et elle demeure sans effet, à moins que l'épouse n'ait promis à l'époux mourant de garder son deuil, ou que devenue veuve elle ne se soit engagée par vœu à la chasteté. Ces conclusions ingénieusement nuancées dérivent d'une analyse très délicate et très certaine ; mais on est surtout frappé de l'assurance avec laquelle Beaumanoir classe parmi les conditions « contre Dieu » l'interdiction du convol en secondes noces. Chacun, d'après lui, doit rester pleinement libre de s'unir à un nouveau conjoint, et je crois cette opinion parfaitement conforme à la logique chrétienne, qui fonde la doctrine du célibat et du mariage sur la parole de saint Paul : *melius est connubi quam uri* (1).

Les difficultés soulevées par le legs de la chose d'autrui se résolvent elles aussi par une distinction (2) : on s'attache au motif qui inspirait le disposant. S'agit-il du payement d'une dette ou de la réparation d'un dommage? La prétendue libéralité n'est en réalité que l'acquittement d'un devoir : elle s'exécutera par équivalent. Mais si le testateur a voulu donner « por ammosne ou por amor carnele », le legs est sans valeur, « car on ne pot fere don ne ammosne d'autrui coze ». Nous voilà loin des principes de la jurisprudence romaine. On n'a plus à rechercher si le testateur se croyait ou non propriétaire ; des circonstances plus faciles à vérifier, ses relations avec les légataires, entrent seules en considération. Cette opposition des techniques romaine et coutumière correspond à la profonde révolution qui au travers des siècles barbares et féodaux a bouleversé les idées et les mœurs : le testament au temps de saint Louis n'a plus même l'apparence

(1) Ad Cor. VII, 8 et 9.
(2) Beaumanoir, XII, 46.

de l'arbitraire ni du caprice; c'est pour une large part une œuvre de justice, et c'est pour le surplus un acte de charité.

IV

Fondations d'anniversaires.

L'organisation testamentaire que nous venons d'esquisser, toute respectueuse qu'elle soit des traditions indigènes, ne réussit pas à triompher complètement de répugnances héréditaires contre les volitions posthumes : l'acte entre-vifs continue de figurer avec un rôle assez important parmi les opérations inspirées par la pensée de la mort. Il intervient surtout pour les fondations d'anniversaires. Les fidèles veulent de leur vivant obliger quelque Église à célébrer plus tard, chaque année, un service commémoratif de leur décès, et ils imaginent à cet effet des procedés très divers. Quelquefois ils recourent sans plus de détours à une donation avec charge : le chapitre ou le couvent de leur choix reçoit un immeuble en pure aumône, sous la promesse de célébrer les Messes qu'on lui demande (1). Mais il est possible que la valeur du bien dont

(1) Pérard, p. 474 (1252) : Je Jehans Cuens de Bourgoine, et sires de Salins, fas sçavoir à tous, que je pour le remede de m'ame, et de l'ame ma femme, et pour nos peres et nos meres, et nos ancestres, hay donné et octroyé en pure amonne, et permanauble, à Dieu, et à Chapitre de la Chapelle le Duc à Dijon, dex charges de grand sal à recune chacun an à payer à commandement au devant dit Chapitres, en nostre Puis de Salins, le jour de la saint Clement : et li Doiens, et li Chapitres sunt tenus à tous jours mais faire un aniversaire chacun an pour nous, en maniere que à ma vie il sera fais pour mon pere et ma mere, et pour ma femme, et pour nos ancessores, et apres mon deceps sera fais au tel jour comme je partiroy du siegle. — p. 499 (1261).

on dispose dépasse la somme qu'on destine à l'établissement religieux dont on sollicite les prières. La donation se complique alors d'une vente : les clercs ou les moines achètent au dessous du cours la terre dont s'agit ; l'excédant du prix qu'elle vaut sur celui qu'ils payent représente l'avantage dont on les gratifie (1). Plus fréquemment, on fait en sorte qu'une redevance périodique soit servie aux prêtres (2), et les modes variés de constitution de cens, de rente, plus largement de charges foncières, viennent en aide aux désirs prévoyants de la piété chrétienne. Sans doute nous trouverions plus commode de donner satisfaction à de pareilles préoccupations par une clause *mortis causa* : mais somme toute, c'était en fait d'anniversaires que l'utilité du principe de révocabilité était le moins sensible : tôt ou tard on avait besoin de prières, de cérémonies funèbres : et les praticiens d'alors savaient bien que si nulle chose n'est moins certaine que l'heure de la mort, il n'en est pas de plus certaine que cette mort elle-même (3).

(1) *Cart. de N. D.*, t. II, p. 186, n° 25 (1257) : Guerinus Boutemie et Alberca, ejus uxor, de Cristolio, asserunt se vendidisse magistro Henrico, succentori Parisiensi, ad anniversarium ejus in Parisiensi ecclesia celebrandum, quoddam arpentum masuræ situm apud Cristolium, in quo est ædificium et vinea retro sita, pro duodecim libris Parisiensibus, jam sibi solutis.

(2) *Cart. de N. D.*, t. II, p. 90, n° 103 : — t. II, p. 180, n° 14 (1256) — C'est un procédé dont les exécuteurs testamentaires font un usage abondant. Citons à titre d'exemple : *Cart. de N. D.*, t. II, p. 87, n° 93 (1249) : — t. II, p. 261, n° 23 (1241) : — t. II, p. 431, n° 37 (1271).

(3) Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291). *Histoire de la Maison de Chastillon*. Preuves, p. 72 : consideranz et attendenz que nulle chose n'est plus certene de mort, ne nulle chose moins certene de l'eure de la mort.

CHAPITRE III

FORMES DES TESTAMENTS

Une phrase de Beaumanoir, substantielle et concise, résume les conditions extrinsèques nécessaires à la validité des testaments (1) : « A testament fere doivent estre tex gens qui le puissent tesmogner, s'aucuns debas en mouvoit, ou il doit estre seelés de seel autentique ou de plusors seax de nobles personnes, comme de gentix gens ou d'ommes de religion qui portent seaus. » Ainsi les formes mises au service des intéressés pour donner valeur à leurs dispositions ultimes se ramènent à deux types essentiels : le testament tire sa force soit de la présence de témoins, soit de l'apposition de certains sceaux. Commenter ces laconiques affirmations, c'est exposer toutes les règles qui président à la confection des actes *mortis causa* : il convient d'y ajouter un mot de diplomatique, ainsi qu'un bref tableau des procédés de révocation.

I

Testament par témoins.

Le testament fondé sur le témoignage de personnes capables nous est connu de longue date : c'est le testa-

(1) Beaumanoir, XII, 9.



ment canonique (1), tel que l'ont organisé les Décrétales (2). Beaumanoir l'admet sous son apparence la plus simple (3) : il ne demande pas autre chose que « deus loiax tesmoins »; c'est, dit-il, ce dont se contente « nostre coustume », qui a écarté l'exigence romaine des cinq garants. Sans le dire, Beaumanoir enregistre l'influence du précepte : *In ore duorum*..... Mais il avait l'esprit trop juridique pour consigner un double minimum. Il ne retient que le chiffre le plus bas, celui qui marque au juge la limite au dessous de laquelle l'annulation s'impose : c'est la précision qui convient à un texte dogmatique et presque législatif.

Le système de Beaumanoir était plutôt spéculatif que pratique : en fait, il avait à subir les attaques des laïques, et les ecclésiastiques eux-mêmes s'efforçaient d'en modifier quelques traits.

Un concile de Bourges de 1276 (4) nous informe des

(1) Voir Thomas, *Das Kanonische Testament*, p. 7.

(2) X III, 26, c. 10 et 11.

(3) XII, 40. Testament qui est fes sans escrit, pot bien valoir quant il est tesmongniés par le serement de deus loiax tesmoins, sans nule souspechon, et qu'il soient tel qu'il n'aient nul porfit el testament : car s'il y atendoient à avoir porfit, lor tesmongnages ne vaurroit riens. Et cha en arrière ne vausist pas li testamens qui ne fust escris, s'il ne fust tesmongniés par cinq persones, si comme noz avons entendu des signeurs de lois : mes nostre coustume a corrompue ceste loi et suefre que testamens se prueve par deus loiax tesmoins, et aussi font toutes autres quereles, selone nostre coustume.

(4) Concilium Bituricense (1276), c. 9 (Labbe, t. XI, col. 1023) Ad praesumptionis quorumdam conatus damnabiles reprimendos, qui testamenta seu alias voluntates ultimas, quocumque nomine censeantur, licet rite sint facta juxta canonicas sanctiones, tamquam legitimas non admittunt, sed pro eo reprobant et impugnant, quod scabini aut seculares judices praesentes non fuerint, aut autoritatem nequaquam praestiterint, quando testator suum condidit testamentum, aut aliam ultimam voluntatem : hoc duximus statuendum, quod ipsi, cujuscumque conditionis vel dignitatis extiterint, nisi infra octo dies

prétentions de certains officiers publics, qui ne veulent pas tenir compte de testaments irréprochables au point de vue canonique, sous le prétexte que ces actes ne procèdent pas de l'autorité temporelle. Le concile condamne de pareils agissements, et fulmine l'anathème contre ceux qui se les permettent, s'ils ne changent pas de conduite dans un délai de huit jours après un avertissement régulier.

D'autre part, la présence du curé, que le clergé tendait à rendre obligatoire depuis la fin du XIIme siècle, est prescrite avec une insistance renouvelée et croissante. Conciles et synodes reprennent à l'envi sur ce chapitre les dispositions des assemblées antérieures (1), en se plaignant qu'elles soient trop souvent négligées, comme vieillies et démodées (2). Les motifs restent les mêmes : on désire assurer le contrôle de l'orthodoxie des mourants et l'exécution certaine de leurs legs (3). Les sanctions ne varient

postquam super hoc moniti competenter fuerint, ab impedimento hujusmodi duxerint desistendum, anathematis innodentur vinculo, quo ipsos adstringi volumus ipso facto.

(1) Concilium Albiense (1254), c. 37 et 38 (Labbe, t. XI, col. 730) ; reproduit du concile de Narbonne de 1227, c. 5 (Labbe, t. XI, col. 305) — Concilium Roffiacense (1258), c. 7 (Labbe, t. XI, col. 776). — Concilium Arelatense (1275), c. 8 (Labbe, t. XI, col. 2370) — Concilium Avenionense (1282), c. 10 (Labbe, t. XI, col. 1180) — Concilium Bituricense (1286), c. 30 (Labbe, t. XI, col. 1259). — Synodus Baiocensis (1300), c. 56 (Labbe, t. XI, col. 1457). — Cf. Thomas, *l. c.*, § 2, notes 4 — 6, p. 9.

(2) Concilium Avenionense (1282), c. 10 (Labbe, t. XI, col. 1180) : Quia quidam prædecessores nostri retroactis temporibus deliberatione provida statuerunt, et quasi quodammodo per abusum statuta hujusmodi in desuetudinem abierunt, ut scilicet aliquis non auderet sine suo parochiali presbytero condere testamentum...

(3) Concilium Albiense (1254), c. 37 (Labbe, t. XI, col. 730) : præsertim ut idem sacerdos, vel locum ejus tenens, valeat de isto testatore laudabile testimonium perhibere, et ne de ipso aliqua infidelitatis suspicio habeatur, et maxime ut ea quæ in pias causas reliquerit, sine fraude fidelius et citius persolvantur. — Concilium Are-

pas non plus : on refuse au défunt la sépulture chrétienne (1); on excommunie le notaire qui prête son concours à la rédaction d'un testament en l'absence du prêtre compétent (2).

Beaumanoir ne parle pas de la *publicatio* qui, après le décès du disposant, doit certifier et fixer ses volontés dernières. Cependant des conciles l'imposent aux héritiers comme aux notaires, et sous des peines très sévères (3); le but est de couper court aux dissimulations et aux fraudes d'une famille intéressée à cacher et à faire dispa-

latense (1275), c. 8 (Labbe, t. XI, col. 2370). — Concilium Bituricense (1286), c. 30 (Labbe, t. XI, col. 1259).

(1) Concilium Albiense (1244), c. 37 : quod si testator vocare, ut diximus, sacerdotem parochialem, et viros ecclesiasticos contempserit : careat ecclesiastica sepultura, donec de ejusmodi mandati contemptu, qui eo tempore præsumitur nisi eos vocaverit, cum effectu, ecclesiæ satisfactum fuerit competenter. — Concilium Arelatense (1275), c. 8 (Labbe, t. XI, col. 2370).

(2) Concilium Albiense (1244), c. 38 (Labbe, t. XI, col. 730). Notarius vero, qui absque solennitate superius expressa, notare vel scribere præsumpserit testamenta, vel ultimas voluntates, quousque ad cognitionem diœcesani satisfecerit, ingressum ecclesiæ sibi noverit interdictum.

(3) Concilium Bitterrense (1246), c. 33 (Labbe, t. XI, col. 684). — Concilium Avenionense (1279), c. 14 (Labbe, t. XI, col. 1059). *De testamentis non occultandis.* Cum autem plurima testamenta soleant ex heredum malitia nequiter occultari, ut ea quæ vel ad pias causas vel ad faciendas emendas, in ultimis defunctorum voluntatibus legata sive relicta fuerint, ad lucem nequeant pervenire : nos volentes hujusmodi malitiis obviare, approbante præsenti concilio statuimus, quod tam heres quilibet, quam notarius, qui notam cujuslibet receperit testamenti, per ecclesiam, ut commodius videbitur, requiratur, quod testamentum, vel notam, sive transcriptum alterutrius, in eo quod vel pias causas vel faciendas emendas tangere dinoscitur, exhibeant infra octo dies, a tempore requisitionis hujusmodi computandos. Quod nisi fecerint, ex tunc eos, prout requisiti fuerint, decernimus excommunicationis sententiæ subjacere ; quam excommunicationis sententiam volumus nominatim et solemniter diebus singulis publicari. — Concilium Bituricense (1286), c. 27 (Labbe, t. XI, col. 1258) ; reproduit du concile de Tours de 1236, c. 7 (Labbe, t. XI, col. 501).

raître l'instrument qui la dépouille. Mais Beaumanoir ne paraît pas très favorable à ces extensions de l'influence des prêtres (1). S'il accepte la coutume canonique en ce qu'elle a de plus biblique, si sa piété (2) l'empêche de se poser en champion des revendications profanes, il s'abstient de suivre le progrès ecclésiastique, qui fait du testament une institution plus savante, mais plus contrôlée.

II

Testament scellé

Le testament écrit ne vaut que par les sceaux dont il est revêtu. Beaumanoir est formel (3) : les sceaux sont nécessaires et suffisants pour donner à l'acte une force juridique absolue ; et nous possédons en effet une collection de testaments qui ne sont munis d'aucun autre signe de validation. Quelques-uns de ces documents portent 7 marques de cire (4), indépendamment du sceau du

(1) Beaumanoir, XI, 1.

(2) Son attachement à la sainte Église, mère de tous les Chrétiens, se manifeste à chaque page de son livre. Voir notamment XI, 27.

(3) Beaumanoir., XII, 9. Voir *supra*. p. 598.

(4) Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244). *Layettes*, t. II, nº 3215, p. 546 : In cujus rei noticiam, presens scriptum feci sigilli mei munimine roborari, sigillorumque predicti comitis et dicte sororis mee, prioris Valencenensis, decani de Insula, domini Fastredi, domini Gerardi de Haynonia, domini Walteri de Lens. — Testament de Ferry, duc de Lorraine (1297) *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 550. *Note de l'éditeur* : Il y avait huit sceaux audit testament, et l'on y voit encore celui de Ferry avec son contre-scel en cire jaune, avec les trois alérions ou les trois aiglons, celui de l'Archevêque, et les queues des autres en parchemin.

disposant. Le contexte indique que cette circonstance n'est pas le fait d'un pur hasard (1) : on s'est évidemment inspiré du chiffre traditionnel des témoins romains. Plus ordinairement, on ne prête pas attention au nombre des signataires (2), et souvent même l'auteur de l'acte est seul à le fortifier de son empreinte (3); il s'agit en pareil cas d'un seigneur ou d'une dame de haut étage, qui possède un « seel autentique » (4).

Tout le monde ne jouissait pas du même avantage; mais rien n'empêchait les particuliers de demander le secours d'une juridiction régulièrement organisée (5). Nous avons suivi la trace, au cours de la période précédente, des testaments par ministère d'official ; nous n'avons ici qu'à en constater la persistance. Le disposant se rend au tribunal du juge d'Église, qui reçoit par lui-

(1) Jeanne de Flandre a choisi les sept scelleurs parmi un beaucoup plus grand nombre d'assistants : Hec autem omnia ordinavi presentibus domino et marito meo Thoma comite, etc..... et pluribus aliis. — Ferry de Lorraine « prie et requiert » 7 personnes individuellement énumérées de lui prêter le concours de leur sceaux.

(2) Testament de Raoul de Mauléon (1250-51). *Layettes*, t. III, n° 3926, p. 121 : sceau du testateur, de la reine Blanche, d'Alphonse de Poitiers, et de deux évêques. — Testament de Thiébaut de Bar (1282) : sceau du comte, de sa femme et de son fils aîné.

(3) Testament de Philippe, comtesse de Bar (1241). *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 457. — Testament de Marie, comtesse de Blois (1241) *Layettes*, t. II, n° 2902, p. 443. – Testament de Thibaud de Champagne (1257), *Layettes*, t. III, n° 4387, p. 392. — Litteræ reginæ Margaretæ (1241). *Layettes*, t. II, n° 2908, p. 446 Notum facimus per presentes quod nos Karissimo domino nostro Ludovico, regi Francie illustri, spontanea voluntate, tactis sacrosanctis Ewangeliis, juravimus quod nos contra ordinacionem vel testamentum quod ipse fecerit, *sicut ipsius sigillo sigillatum apparebit*, nunquam nec per nos nec per alium veniemus. — Cf. Litteræ Ottonis, ducis Meraniæ, Burgundiæ comitis (1248). *Layettes*, t. III, n° 3661, p. 28.

(4) Voir Giry, *Manuel de diplomatique*, p. 649.

(5) Giry, *l. c.* p. 835.

même ou par un délégué l'indication des dernières volontés du comparant (1). Elles sont mises par écrit ; le sceau de la chancellerie épiscopale est apposé au bas (2) ; et la charte devient un testament parfait (3).

III

Diplomatique.

L'appareil extérieur entourant la confection d'un acte à cause de mort, aussi bien que le ton des chartes ultimes, s'était lentement transformé dans le sens d'une plus modeste simplicité. A mesure que l'ordre public devenait plus certain et la technique juridique plus précise, la mise en scène testamentaire perdait de son ampleur ; elle est en somme très réduite au temps où nous sommes arrivés.

Il n'est plus question d'une réunion plénière de la famille et des amis autour du chef de maison qui prend ses

(1) Testament de Hodeardis (1254). *Bulletin*, 1884. p. 245. n° 16. Omnibus presentes litteras inspecturis, magister Odo Senonensis curie officialis. in Domino salutem. Notum facimus quod coram mandato nostro. ad hoc audiendum quod sequitur loco nostri a nobis specialiter destinato. constituta, Hodeardis. uxor Jacobi Fredeline de Senonis. sue mentis compos. volens sue anime providere saluti, testamentum suum condidit in hunc modum. — *Cart. de N. D.*. t. II. p. 104. n° 117 (1269) ; — t. III, p. 32. n° 43 (1300).

(2) *Cart. de N. D.*, t. II. p. 467, n° 103 (1249) : inspeximus diligenter testamentum defuncti N.. sigillo curie Parisiensis sigillatum. — *Olim*. Arrêts de la Toussaint 1286. n° 9 (éd. Beugnot. p. 255) : testamentum ipsius domine sigillo suo et sigillo officialis Laudunensis sigillatum ostendentes.

(3) Cf. Giry, *l. c.*, p. 649 et 838.

dispositions dernières. Ce n'est pas à dire que les Français du XIIIe siècle aient pris le parti de garder leur testament secret et de le tenir en cachette jusqu'à l'heure fatale. Bien au contraire, beaucoup d'entre eux aiment à le soumettre à quelques proches parents (1). Mais d'autre part, certain textes ne portent trace d'aucune publicité (2), et les actes à cause de mort élaborés dans la solennité d'une assemblée domestique sont devenus des exceptions (3).

Le matériel des clauses formalistes ou terrifiantes, lentement usé, a fini lui aussi par s'anéantir de vétusté. La *stipulatio subnixa*, les menaces imprécatives, ont disparu sans retour. En revanche, quelques emprunts au formulaire romain émaillent çà et là le langage de nos praticiens coutumiers : ils s'amusent à copier la clause codicillaire (4), qui d'ailleurs ne rime à rien en des pays où testaments et codicilles sont confondus dans l'unité d'un acte à cause de mort d'essence toujours identique ; le notaire de Jeanne de Chastillon se plaît en outre à confirmer d'avance les codicilles futurs (5), ce qui, pour être plus sensé, n'est pas moins inutile.

(1) Testament de Philippe, comtesse de Bar (1241). *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 456. — Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244). *Layettes*, t. II, n° 3215, p. 546. Voir *supra*, p. 601, note 1. — Testament de Thiébaut de Bar (1282).

(2) Testament de Marie, comtesse de Blois (1241). *Layettes*, t. II, n° 2902, p. 443. — Testament de Thibaud de Champagne (1257) ; *Layettes*, t. III, n° 4387, p. 392.

(3) Indiquons comme exemple de ces exceptions le testament de Jeanne de Flandre (1244), cité plus haut.

(4) Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244) : *Layettes*, t. II, n° 3215, p. 545 : condo testamentum meum sub forma subscripta, et volo quod valeat ut testamentum : quod si non potest, valeat ut codicillus vel sicut extrema dispositio decedentis. — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291). *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 81. — Cf. Litteræ Ottonis ducis Meraniæ, Burgundiæ comitis (1248). *Layettes*, t. III, n° 3661, p. 28.

(5) Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291).

Plus importantes sont certaines mentions grâce auxquelles de grands personnages, inquiets du sort à venir de leur testament, essayent d'en assurer d'avance l'observation. Ils demandent au roi de France de protéger leurs exécuteurs, de faciliter à ceux-ci l'accomplissement de leur tâche, et en cas de contradiction entravant leur activité « d'y mettre conseil (1) ». Ils s'adressent également à l'autorité ecclésiastique, et la prient de contraindre par l'excommunication, par l'interdit, les hoirs rebelles ou tous autres contrevenants à leurs désirs suprêmes (2). On ne se borne pas toujours à ces précautions posthumes : il n'est pas rare que le testateur, de son vivant même, fasse promettre à ses proches (3), et au besoin sous la foi du

Histoire de la Maison de Chastillon, Preuves p. 80. Item je veill et ordene, et commans, que toutes les ordenences, qui seront ennessées à ce present testament, et seront seellées de mon grant seel, soit en ajoustant, soit en amenuisant, ou en ordenant tout de nouvel, aient autant de vertu comme le plus principal ordenement qui soit contenu en ce present testament.

(1) Testament de Thibaud de Navarre (1257). *Layettes*, t. III, nº 4387, p. 392 : et proions et requerons à nostre tres chier seigneur le roi de France, que, se il y avoit contradicion à ces choses asevir, que il i meist consoil, et que il an aidast les executors, tant cum raisons ou drois se porroit estandre. — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois. *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 81. — Cf. testament de Raoul de Mauléon (1230-31). *Layettes*, t. III, nº 3926, p. 121.

(2) Testament de Thiébaut de Bar (1282). — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291). *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 81 : Et pri ausi à touz les Prelaz, dessouz qui j'ai terre, qui contreingnent tout de plein par sentence d'excommenienment, par mettre entrediz ès terres, par toutes autres manieres, queles que elles soient, de coustume ou de droit, mes heritiers et mes successeurs, et chascun d'iceus, à garder ceste ordenence, et facent droit tout de plein à touz complegnenz.

(3) Beaumanoir, XII, 35. — Testament de Jeanne, comtesse de Flandre (1244). *Layettes*, t. II, nº 3215, p. 546. Omnibus autem predictis suum prebuerunt assensum illustris et Karissimus dominus et maritus meus Th., comes Flandrie et Haynonie, et Karissima soror

serment (1), de respecter ses ordres d'outre-tombe. On revient, par ce détour, à l'acte entre-vifs : le disposant n'est en repos que s'il sait ses héritiers tenus sans pouvoir se délier. Les tendances antitestamentaires, refoulées en apparence par l'admission officielle de l'acte à cause de mort, reparaissent et débordent de toutes parts, pour pénétrer par une irrésistible invasion au sein des œuvres vives du testament lui-même.

IV

Révocation des Testaments.

La révocation des testaments ne pouvait pas être soumise à des règles plus rigoureuses que la confection de ces mêmes actes. D'un mot, il suffit que les intentions nouvelles du disposant se manifestent dans des conditions qui les rendent aussi certaines que l'étaient ses volontés primitives. C'est ce qui se présente en diverses hypothèses qu'il convient de répartir en deux groupes.

Il y a révocation expresse, si l'auteur du premier testament en ordonne un second, dans lequel il « rappelle », c'est-à-dire révoque formellement le précédent (2).

mea Margareta domina de Dampetra, et promiserunt bona fide se predicta omnia, quilibet pro parte sua, firmiter et inviolabiliter servaturos. — Testament de dame Mabille de Bessi (1260). *Bulletin*, 1884, p. 248, n° 17. Dictus vero Galcherus, nepos meus miles et dominus de Merriaco, heres et dominus feodi, promisit per fidem suam in manu mea corporaliter prestitam, quod contra istud legatum per se vel alium, non veniet in futurum.

(1) Testament de Thiébaut de Bar (1282).

(2) Beaumanoir, XII, 41. — Testament de Thiébaut de Bar (1282). — Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291). *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 81 : Et rapele tout

clair que logique : il forme dans ses grandes lignes la base de nos théories modernes.

s'il me laissa en son testament vingt livres que je li devoie, et après le testament fet, i me contraint à paier les vingt livres : il apert qu'il rapele son testament de tant comme à mi monte. Ou s'il me laissa une piece de terre, et après le testament il le vent ou à mi ou a autrui : je ne le puis pas après demander par reson de testament, car il apert que ce ne fu pas sa decrraine volentés que j'eusse tele tere par reson de testament.

CHAPITRE IV

EXERCICE ET LIMITES DU DROIT DE TESTER

A l'exception de Beaumanoir, les auteurs coutumiers du XIIIe siècle sont plus que sobres de détails sur la technique testamentaire : ils traitent au contraire avec une complaisance prolixe les questions de capacité et de disponible. C'est que les discussions purement juridiques paraissent oiseuses au grand nombre et subtiles à tout le monde : mais personne n'échappe à l'intérêt très pratique qu'excite l'organisation du droit de tester : le sort des individus, des familles et des nations est largement influencé par les règles que trace en ces matières la législation ou la coutume.

I

Incapacités.

L'étude des incapacités (1), si pénible aux âges antérieurs, parce qu'il faut en chercher les matériaux épars dans de multiples documents de nature très diverse, devient des plus aisées pour le temps de saint Louis,

(1) Beaune, *Condition de Biens*, p. 565. — Glasson. *l. c.*, t. VII, p. 544. — Viollet. *l. c.*, 2e éd., p. 865.

grâce à l'admirable résumé de Beaumanoir. Un de ses paragraphes (1) fournit la liste des personnes qui ne peuvent pas laisser de testament. Ce sont : les mineurs en bail ou en garde (2), « car ils n'ont rien » ; les fous ; les muets (3) ; les condamnés à la confiscation ou au banissement (4) ; enfin les hommes de religion. mais sous des distinctions : l'incapacité ne frappe que les moines astreints par vœu à la pauvreté (5). Quant aux prélats (6), chanoines et prêtres séculiers. qui peuvent être propriétaires. ils sont maîtres aussi de disposer par legs de leurs héritages : toutefois c'est pour eux un devoir de conscience de laisser à leurs Églises les biens qu'ils ont acquis grâce à elles, à moins que ces Églises ne soient riches et qu'une « cause de pité » plus intéressante ne sollicite leur générosité.

Telle est l'énumération des incapacités qui ne comportent ni restriction ni adoucissement. Il en est d'autres qu'on ne peut mentionner que sous des réserves explicatives :

(1) Beaumanoir. XII. 45, analysé au texte.

(2) *Adde* Jostice et Plet, XII. 3. § 1 (éd. Rapetti. p. 224) : L'en dit ci que home qui n'est d'aage de quinze ans. et feme à douze ans. ne peut fere testament, tot soit-il sanz père et sanz mère. — Cf. XII. 20. § 1 (p. 246) : cil qui ne pot fere testament... si comme cil qui a moins de quatorze anz. — Il y a contradiction entre ces deux passages ; en fixant la majorité à 14 ans, le second cède à l'influence des textes romains (D. XXVIII. 1. fr. 5).

(3) Beaumanoir, XII. 8.

(4) Cf. *Gr. Cout. de Norm.*, XXII. § 9 et 10 (éd. Tardif. t. II. p. 65). — *Jostice et Plet*, XII. 25, § 3 (éd. Rapetti. p. 257). Et d'estre condempnez par juigement ? Nus hom condempnez par juigement. tot soit-il fuitis. et ait feme. ne pot avoir heirs. ne fere. — *Et. de Saint Louis*. I. 28 (éd. Viollet. t. II, p. 38) ; cf. I. 90 (p. 147) ; I. 91 (p. 148) ; I. 92 (p. 149) ; I. 133 (p. 250).

(5) La théorie de la mort civile des religieux commence à se faire jour. Voir *Gr. Cout. de Norm.*, ch. XXV. § 8 (éd. Tardif. t. II. p. 90) : tanquam mundo mortuus reputatur. — Cf. Louis. *l. c.*, p. 111.

(6) Voir Luchaire. *Manuel des Institutions françaises*. p. 48 et sq.

elles se rattachent au régime féodal et à l'organisation de la famille.

Les serfs ne sont autorisés à tester que jusqu'à concurrence de cinq sous, pour le salut de leur âme (1). C'est un progrès sur le droit antérieur, car le décret de Gratien (2) n'admettait aucun tempérament à cette déchéance servile. Il est aisé de reconnaître dans la transformation l'effet des idées chrétiennes, qui faisaient du legs pieux un devoir pour tout fidèle : on a voulu mettre ce moyen de salut à la portée des serfs, au même titre que les derniers Sacrements.

Certains auteurs affirment qu'au Moyen-Age les bâtards étaient réduits en servage (3). Cette assertion est certainement fausse pour le pays et le temps de Beaumanoir (4), qui nous dit au rebours que les bâtards ne peuvent pas être serfs, alors même que leurs parents seraient tels, parce que juridiquement ils ne se rattachent à aucune famille. Le droit ignore leur filiation, si bien que leur capacité se développe sans limites : s'ils veulent tester, ils n'ont point à respecter les privilèges d'un lignage qui n'existe pas (5). Réciproquement, leurs père

(1) Beaumanoir, XII, 3. Li sers ne pot lessier en son testament plus grant somme que cinq saus. — Cf. *Liber Practicus*, n° 125. p. 127.

(2) Pars II. causa XIII. quæstio 2. IV. Pars Gratian. et c. v.

(3) Beaune, *Condition des Personnes*, p. 199. — Glasson. *l. c.*, t. VII. p. 97.

(4) Beaumanoir. XLV. 35 : bastars ne pot estre tenus pour sers, porce qu'il est hors de lignage, et porce qu'il ne pot estre aherités de descendement ne d'escheoite de costé.

(5) Beaumanoir. XLV. 35. S'il avient qu'aucuns bastars acquiere aucunne coze. soit muebles ou heritages. et après il muert. et n'a pas laissié tout en testament : ce qui demeure. son testament paié, demore au segneur en qui tere li bien sunt trouvé, comme coze espave. tout soit ce qu'il eust pere ou mere. sereurs ou freres. ou autres parens que bastars pot avoir selonc nature. Car selonc nostre coustume n'ont il point de lignage

et mère les avantagent par testament à peu près dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'étrangers (1). La seule différence vise le cas où l'auteur naturel ne possède point de propres, et laisse comme postérité, en concours avec un bâtard, des enfants légitimes non susceptibles d'être exhérédés. Le bâtard ne peut alors recevoir que des aliments, une « soustenance », tandis que les enfants légitimes ont droit à la grosse part des meubles et conquêts; un étranger au contraire serait régulièrement gratifié de la grosse part, tandis que les descendants devraient se contenter d'une soutenance. Cette interversion du rapport n'a pas une importance capitale; elle n'empêche pas le système de Beaumanoir de rester étonnamment libéral. Il ne faudrait pas croire qu'il fût de droit commun dans nos provinces du Nord; celles-ci d'ordinaire ne reconnaissent aux enfants nés d'une faute qu'une situation assez défavorable. En Normandie, si le fils naturel dispose à son gré de ses acquisitions (2), il est interdit à son père de lui rien transmettre des tenures propres (3).

(1) Beaumanoir, XVIII, 20. Voirs est que en testament pot bien li hons ou le feme laissier à ses enfans bastars, por cause de pité, aussi comme il feroit à estranges persones, c'est à savoir de lor muebles ou de lor conquès ou le quint de l'iretage. Neporquant, se li hons ou le feme qui a enfans bastars et enfans loiax, n'a fors muebles et conquès, noz ne noz acordons pas qu'il puissent estre laissié as bastars et nient as loiax hoirs, se li oir loial ne l'ont meffet vers le pere ou vers le mere, si comme noz deismes el capitre qui de ce parole. Donques disons noz en tel cas, que le plus grans partie en doit estre laissié as hoirs loiax, et aucune coze en doit on lessier as bastars pour lor soustenance.

(2) *Gr. Cout. de Norm.*, ch. XXXV, § 4 (édit. Tardif, t. II, p. 115). Sciendum insuper est quod bastardus... Ea autem que acquirit in feodo postest dare, sicut legitimi, prout ei videbitur expedire.

(3) *Gr. Cout. de Norm.*, ch. XXXV, § 2 (p. 115). Sciendum eciam est quod nullus filio suo bastardo potest aliquid de feodo quod hereditarie possidet conferre, tradere, vendere, invadiare, vel aliquo modo in manum ejus ponere, quod ab heredibus suis infra diem et annum post decessum ipsius non valeat revocari.

Dans l'Orléanais (1), la succession du bâtard est gouvernée par les mêmes principes que celle de l'aubain ; en l'absence d'héritiers directs, elle appartient au roi ou au seigneur. Pareillement, dans la Touraine et l'Anjou (2), les biens du bâtard mort « sanz oir de sa fame » font retour au seigneur du lieu où ils sont situés : il est seulement permis à ce bâtard d'aumôner ses meubles. Voilà qui peut paraître bien dur : et cependant ces rigueurs, il faut en convenir, correspondent mieux que les tolérances de Beaumanoir à l'esprit général de nos Coutumes, qui, faisant du mariage le fondement sacré de la famille, n'hésitent pas à en assurer le respect par d'intransigeantes prescriptions.

Nous trouvons encore des usages fort divergents pour régir les legs entre époux. En Vermandois (3), ils sont autorisés sans restriction spéciale. De même en Beauvoisis, pourvu seulement qu'ils ne soient pas extorqués par violence ou menace (4). La célébration d'un second mariage et la concurrence d'enfants de deux lits ne déterminent même pas, au pays de Beaumanoir, la fixation de règles protectrices des enfants de la première union ; l'é-

(1) *Ét. de saint Louis*, II, 31 (éd. Viollet, t. II, p. 428). Se aucuns aubains ou batarz muert sans oir ou sanz lignage, li rois est oirs, ou li sires souz cui il est, s'il muert ou cuer de son chastel.

(2) *Ét. de saint Louis*, I, 101 (éd. Viollet, t. II, p. 172). Quant bastarz muert sanz oir de sa fame, toutes ses choses sunt à ses seignors, à chascun ce qui sera en son fié. Mais il puet bien prendre ses muebles à s'aumone.

(3) De Fontaines, ch. XXXIII, § 14 (éd. Marnier, p. 383). Ce que l'en puet leissier à estrange persone puet-en lessier à l de ses enfanz, et à sa feme meismes.

(4) Beaumanoir, XII, 4. Il est coustume bien aprovée que li hons toutes ces cozes dessus dites pot lessier à se feme ou le feme à son segnour. Mais se le feme fesoit tix lais en se plaine sante à son segneur, par force ou par maneces, et il estoit bien prové des oirs à le feme, cis lais seroit de nule valeur. — *Adde*, XII, 10.

minent doctrinaire, qui nous informe de cette jurisprudence (1), en fait en même temps la critique ; il ajoute qu'elle serait probablement réformée, si on portait la difficulté par voie d'appel devant le pape ou le roi. Les provinces du centre nous présentent en effet un droit fort différent. Les Établissements de saint Louis prohibent, de la femme au mari, toute libéralité testamentaire, pour ne rien dire des autres (2) : on veut ainsi protéger l'épouse contre les abus d'influence d'un époux peu scrupuleux.

Allait-on jusqu'à la soustraire complètement, au point de vue des actes de dernière volonté, à la mainbournie de son « baron » ? En d'autres termes la femme pouvait-elle tester sans l'autorisation de son mari ? La question est intéressante, mais singulièrement délicate, car les ouvrages de doctrine, au temps qui nous occupe, ne fournissent aucun renseignement précis. Du silence de Beaumanoir on serait tenté de conclure à la pleine liberté de la femme en ces matières : pas d'incapacité sans texte. Au

(1) Beaumanoir, XII, 22. On doit moult secorre à cix qui sont desherité en testament, par l'ennortement de lor parrastres ou de lor marrastres, car il avient à le fois que le feme, por fere le volenté de son secont mari, li laisse à li ou à ses enfans d'autre feme, ses muebles ses conquès et le quint de son heritage, et en desherite ses hoirs. Et certes, tout soit il ainsi que nostre coustume le suefre à la court de Biavès, noz ne creons pas que ce soit drois et resons, et creons que bien et aumosne seroit de contrester à tel testament et de faire les de nule valeur, meesment quant ele en oste ses hoirs sans cause, et creons que qui en vroit à sentence diffinitive, en apelant de l'evesque à l'apostole ou des barons au Roy, que tex testament ne seroit pas tenus.

(2) *Et. de saint Louis*, I, 118 (éd. Viollet, t. II, p. 212). ***De don entre home et fame.*** Fame ne puet riens doner à son seignor en aumone tant com ele soit saine, que li dons fust pas estables; car, par aventure, ele ne l'i avroit pas doné de son bon gré, ne de sa bone volenté; ainz l'avroit doné par creinte qu'il ne li en feïst pis, ou par la grant amor qu'ele avroit à lui. Et, por ce, ne li puet ele riens doner de son heritage.

consulter son maître, ordonnait quelque legs pieux de valeur raisonnable, il est inadmissible que les tribunaux aient prononcé la nullité d'une libéralité que la piété imposait aux mourants et que l'on n'osait plus défendre aux serfs.

II

Le disponible. — Limitations féodales.

La subordination hiérarchique des terres, qui constitue le régime féodal, entraînait inévitablement des complications dans le système des aliénations, et particulièrement des libéralités testamentaires (1). Un même fonds dépendait à des titres divers de plusieurs ayants droit ; chacun veillait à sauvegarder ses prérogatives, et les Coutumes, avec des nuances fortement accentuées d'indulgence ou de sévérité, organisèrent des règles protectrices des seigneurs pour le cas où le tenancier songerait à tester. Deux idées sont à la base de toutes ces combinaisons : 1° la concession féodale n'a qu'un caractère limité et privatif : comme principe, elle n'est faite qu'en faveur d'une personne ou d'une famille ; la transmission à un tiers de

ment aux dispositions de sa femme. Voir *supra*, p. 604, note 3. — *Olim*, arrêts de la Toussaint, 1292, n° 1 (éd. Beugnot, t. II, p. 335). C'est le sire de Couci qui remet aux mains des exécuteurs de sa femme, en sa qualité de chef de la communauté, « tout ce qui fu trouve en muebles et en aquez qui touchoient ou povoient touchier a la partie de Marguerite jadis dame de Couci. »

(1) Voir sur le droit de tester à l'époque que nous étudions : D'Espinay, la *Féodalité et le droit civil*, p. 293 et sq. — Boissonade, *l. c.*, p. 222 et sq., 231 et sq. — Beaune, *Condition des biens*, p. 578 et sq. — Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VII, p. 554 et sq. — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 870 et sq.

est valable sans que le seigneur puisse y contredire ; mais celui-ci put forcer l'Église bénéficiaire, sous peine de saisie, à se défaire dans l'an et jour du bien qu'on lui a laissé.

Le Grand Coutumier de Normandie reste fidèle au régime établi dans sa province depuis plus d'un demi-siècle (1) : un tiers de la tenure est disponible au profit d'un étranger, pouvu toutefois que les deux tiers restant aux héritiers suffisent à assurer l'exercice des droits féodaux : de plus amples opérations exigent le consentement du titulaire de ces droits. Quant aux tenures serviles, il est entendu que le concessionnaire n'est pas maître d'en régler la dévolution (2). Les Assises de la Haute-Cour de Jerusalem insistent sur la nécessité d'une adhésion du suzerain aux libéralités entraînant changement de vassal (3) ;

qui li heritages muet, ne le pot deffendre ; mais il pot commander à l'eglise à qui li lais est fes, que il l'oste de se main et le mete en main laie dedens an et jour : et se l'eglise ne le fet, li sires pot penre l'eritage en se main et goïr des yssues, dusqu'à tant que l'eglise ara enteriné le commandement du segneur. — Cf. XLV, 33.

(1) *Gr. Cout. de Norm.* XXXV, § 3 (éd. Tardif, t. II, p. 115) : Notandum tamen est quod licet pater vel alius antecessor alicui expectantium ex escaeta ipsius portionem non possit de aliquo feodi sui donum facere, tamen aliis tam extraneis quam consanguineis, quibus nulla imminet portio in ipsius escaeta, de feodo suo dare potest usque ad terciam partem, dum tamen due partes residue plene sufficiant ad jura feodi omnia persolvenda, non obstante suorum reclamatione coheredum. — *Adde* XXVII, § 9 (p. 96). — Cf. XXX, § 2 (p. 99) ; 115, § 7 (p. 297).

(2) *Gr. Cout. de Norm.* ch. XXVI, § 7. (éd. Tardif, t. II, p. 92). Quedam autem preter hec in diversis partibus Normannie tenentur feoda per bordagium, cum aliqua borda traditur alicui ad servilia opera et vilia servicia facienda : quam non potest vendere, nec dare, nec invadiare, qui eam recipit in hereditatem sub tali tenura, et hic non facit homagium. — Cf. Esmein, *Histoire du droit*, 3e éd., p. 216.

(3) Livre de Jean d'Ibelin, ch. 145 (Assises de Jérusalem, éd. Beugnot, t. I, p. 220) Celui qui a fié conquis le peut doner, par l'assise ou

cependant Jacques d'Ibelin en exempte l'attribution d'un fief conquêt à l'un quelconque des héritiers (1). De Fontaines proclame, pour le Vermandois, l'impossibilité de léguer la terre tenue à justice (2); surtout il révèle le souci de ne pas morceler les fiefs en portions trop réduites : l'aîné doit toujours réunir en sa main au moins les deux tiers du fief paternel (3), et on ne peut jamais y tailler de part dont la valeur soit inférieure à soixante sous (4). Les Établissements de Saint Louis reproduisent la nécessité d'un préciput d'aînesse des deux tiers, lorsqu'il s'agit de gentilshommes et de biens patrimoniaux (5);

l'usage de cest reiaume, auquel que il viaut de ces heirs, mais que ce seit par l'otrei de celui de qui il tient le fié. — ch. 146 (p. 222 : *adde* ch. 142 et 143 (p. 216 et 217). - Livre de Jacques d'Ibelin, n° 29 (p. 461). — Clef des Assises de la Haute-Cour, § 191 et 195 (p. 593). — Cf. D'Espinay, *La Féodalité et le droit civil*, p. 145 : Boissonade, *l. c.*, p. 223 et note 2.

(1) C'est ce qui résulte du rapprochement des § 28 et 29. § 28 (p. 461) : Et si peut on doner de son conquest un fié ou pluisors, ce il les as, à celui ou à ciaus de ces heirs que il vodra. — § 29 : Et si peut on doner à son dreit heir le fié qui fu de son patremoine, mais que le seignor l'otrée. — Cf. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VII, p. 536.

(2) De Fontaines, ch. 33, § 12 (éd. Marnier, p. 384). Sor terre qu'il tient à jostise, ne quit-je qu'il puisse riens lessier.

(3) De Fontaines, ch. 34, § 2 (p. 416) Par nostre usage, puet li frans doner à ses enfans le tierz de son franc-fié en partie, et si départir entre ses enfanz, combien qu'il en ait, que les II parz remaignent tozjorz al ainé.

(4) De Fontaines, ch. 34, § 7 (p. 418) ; § 8 (p. 419) : Ne me semble mie que fiez puisse estre partiz ne doie, dont chascune partie n'est sofisanz à servir. — § 9 : Fiez n'est mie sofisanz à partir, dont chascune partie ne vaut au meins LX sous...

(5) *Ét. de saint Louis*, I, 10 (éd. Viollet, t. II, p. 19) Gentis hom ne puet doner à ses anfans, à ces qui sont puisné, que le tiers de son heritaige ; mais il peut bien doner ses achaz et ses conquestes auquel que il voudra de ses anfanz : si fer ait-il à I estrange se il voloit. — I, 68 (p. 102) : Gentis hom puet bien doner le tierz de son heritage, tout ait-il anfanz ou non ; mais il n'en puet plus doner qui fust estable par droit.

le Livre de Jostice et de Plet réédite la défense de démembrer les baronies (1).

Les suzerains conservent ainsi jalousement leurs avantages, et ils trouvent encore de nouvelles garanties dans le fonctionnement des réserves coutumières. Sans doute celles-ci procèdent plutôt de la copropriété de famille que des inaliénabilités féodales ; cependant les seigneurs les font servir à leur avantage. Beaumanoir (2) leur reconnait formellement le droit d'intenter l'action en réduction contre les legs excessifs. « car je me puis bien fere partie de ce où je voi mon damace aparant : et c'est bien mes damaces, se ce qui est à moy et tenu de mi vient en main que je ne le puisse pas si bien justicier que se mes hons le tenoit. »

III

Le disponible. – Limitations familiales.

Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois, veuve de Pierre, fils de saint Louis et comte d'Alençon, écrivait en 1291, dans son testament, ces lignes suggestives : « Et veill que mi executeurs pregnent touz mes conquez en quelque lieu qu'il soient, et le tiers, ou le quint de mes heritages selon les coustumes des terres que je puis lessier et doi, aveques mes meubles, pour acomplir toutes mes orde-

(1) *Jostice et Plet*, XII, 3, § 1 (éd. Rapetti, p. 224) Lo quint de totes choses puent estre aumônées, fors baronies, qui ne puent estre desmembrées.

(2) Beaumanoir, XII, 13. Je me dois bien garder que ce qui est tenu de mi ne soit tenu par main estrange, par reson de testament ou de douaire, fors tant solement comme coustume suefre, nis ne li hoirs de le coze se voloit taire.

nences dessus nommées (1). » C'est une application aussi large que correcte du droit de tester coutumier; les meubles et les conquêts sont laissés en principe à la libre disposition des individus (2); mais le legs des « héritages » (3), c'est-à-dire des immeubles patrimoniaux, des propres, est réduit à une fraction minime que détermine la coutume locale. La plus grosse part en est indisponible:

(1) Testament de Jeanne de Chastillon, comtesse de Blois (1291). *Histoire de la Maison de Chastillon*, Preuves, p. 81. Le document continue dans le même style: Et s'einsi estoit, que mi executeurs ne poissent ioir de ces choses, si com elles sont ordenées, ou d'aucune d'elles : je lais en ce cas à la terre d'outremer touz mes muebles que j'auré au temps de ma mort, don mi executeur ne porront ioir, et touz mes conquez, et quan que je puis lessier de mon heritage selon les coustumes de mes terres : c'est assavoir le tiers ou le quint.

(2) Beaumanoir, XII. 3. Cascuns gentixhons ou hons de poeste, qui n'est pas sers, pot, par nostre coustume, laissier en son testament ses muebles, ses conquès, et le quint de son heritage, là u il li plest, exceptés ses enfans as quix il ne pot plus laissier à l'un qu'à l'autre. — *Adde* XII, 2, 6, 10, 17, 18, 22, 58. — De Fontaines, ch. 33, § 3 (éd. Marnier, p. 379) : Ce puez-tu entendre par nostre usage quant li homme n'a riens for muebles ou conquez, qu'il puet tot lessier à qui qu'il vorra par la costume dou païs. -- *Adde*, ch. 33, § 13 (p. 386); ch. 34, § 10 (p. 420). — *Ét. de Saint Louis*, I. 10 (éd. Viollet, t. II, p. 19). Voir *supra*, p. 618, note 5. — *Jostice et Plet*, XII. 3, § 1 (éd. Rapetti, p. 224) Home ou femme puet doner en testament le quint de son héritage, et toz ses mobles, et toz ses conquez, et plus non, ait enfanz ou n'ait enfanz. D'achest l'en puet testamenter. — Testament de Philippe, comtesse de Bar (1241). *Histoire de Lorraine*, t. II, Preuves, col. 457. La testatrice dispose seule de ses meubles en toute souveraineté; puis, lorsqu'il s'agit de son douaire et de ses propres, elle demande le consentement de son fils Thiébaut. — *Cart. de N. D.*, t. II, p. 104, nº 107 (1269); — t. III, p. 163, nº 208 (1266). — *Olim*, arrêts de la Toussaint 1286, nº 9 (éd. Beugnot, t. II, p. 253); — arrêt de la Toussaint (1292), nº 4, p. 335.

(3) De Fontaines définit le mot ch. 33, § 12 (éd. Marnier, p. 385) Nos apelons héritage toutes les teneures et totes les droitures qui nos escheent de père ou de mère, ou de autres persones de nostre lignage, nis les conquez qu'il tirent; mès muebles et chateus n'apelons-nos pas héritage, encore nos soient-il chéu des devant dites persones par prometre.

c'est la propriété de la famille, sorte de personne morale indéfinie dont les membres actuels ne sont que les représentants passagers. Comme l'indique Jeanne de Chastillon, le montant de cette réserve oscille selon les pays entre les deux tiers et les quatre cinquièmes des propres. Nous connaissons en Normandie l'inaliénabilité des deux tiers de la tenure héréditaire : c'est la même fraction qui prévaut, au moins pour les gentilshommes, dans la Touraine et l'Anjou (1), ainsi qu'en Vermandois pour tous les disposants (2). Au contraire l'Orléanais (3), la région parisienne (4) et le Beauvoisis (5), étendent jusqu'aux quatre cinquièmes la quotité soustraite à l'action testamentaire. Ces chiffres n'ont cependant pas une vertu fatidique, et il semble bien qu'à Reims (6), par exception aux habitudes

(1) *Ét. de saint Louis,* I, 10 et 68 (éd. Viollet, t. II, p. 19 et 102). Voir *supra*, p. 618 note 5.

(2) De Fontaines, ch. 33, § 12 (éd. Marnier, p. 384). Li pères puet, par nostre usage, lessier le quint de son éritage, s'il tient l'éritage franchement, ou à cens, ou à terrage. — § 15 (p. 386). Se li pères a muebles, et conquez, et héritages, por ce s'il fait lès de ses muebles et de ses conquez, ne lerra-il mie qu'il ne lest ausint le quint de son héritage, s'il veult.

(3) *Jostice et Plet*, XII, 3, § 1 (éd. Rapetti, p. 224). Voir *supra*, p. 620, note 2. *Adde*. § 4.

(4) *Cart. de N. D.*, t. I, p. 150, n° 177 (1246), — t. II, p. 104, n° 117 (1269) : voluit et precepit quod de omnibus conquestibus suis et de quinto hereditatis sue fundetur sive instituatur unum beneficium sive capellania, etc... — t. III, p. 163, n° 208 (1266) : ordinavit quod sua predicta ultima voluntas adimpleretur de bonis suis mobilibus, conquestibus et de quinto hereditatis sue.

(5) Beaumanoir, XII, 3. Voir *supra*, p. 620 note 2.

(6) Coutume du XIIIe siècle (Varin, *Archives législatives de la ville de Reims*, t. II, appendice au volume des Coutumes, p. IV). § 2 Hons et fame qui ont hoirs de leur cors, puent faire leur volantei de tout leur heritage ; et se il n'ont point d'oir de leur cors, de la moitié : et de l'autre moitié par droite besoigne esclairie. — § 6 S'aucuns marie son enfant, et il muert sans oirs de son cors, ou sans devise, il revient au père et à la mère ce que il li ont donei ; et

générales, les biens indisponibles soient réduits à la moitié des propres. Quoi qu'il en soit, le lignage tout entier est éventuellement appelé à profiter des immeubles soumis à ce séquestre *sui generis* : ce sont les héritiers du degré successible qui en réclament le bénéfice (1).

Il ne suffit pas de laisser intacte la réserve coutumière, pour être en règle avec le droit. Deux principes importants compliquent le système : le disponible à l'égard des enfants n'est pas toujours le même que vis-à-vis des étrangers ; et on emprunte à la législation romaine l'idée de la légitime.

Les usages des diverses parties de la France septentrionale sont loin d'être d'accord sur la question du préciput (2). Nous avons dit dans quelles conditions il était obligatoire pour l'aîné d'une famille noble, selon les Établissements de Saint Louis et le Conseil de De Fontaines. Il est possible, d'après les Établissements chez les gentilshommes (3), et d'après le Conseil chez tout le monde (4), lorsque le père désire avantager un puîné dans la mesure où le permettent les droits de l'aîné. Mais le plus généra-

se il fait devise, il puet faire do mueble sa volontei, et de la moitié de son héritage. — Le § 2 n'est pas très clair ; il frise même l'incohérence. Il a sans doute subi quelque altération, et c'est ce qui explique la formule dubitative dont je me sers au texte.

(1) De Fontaines, ch. 33, § 1 (éd. Marnier, p. 379). Par nostre usage, tuit cil à qui li éritages eschiet, pueent pleider, se l'en a plus lessié del éritage que l'en ne puet par la loi del païs. — Beaumanoir, XII, 13 et 16.

(2) La question du préciput est excellemment traitée par D'Espinay, *l. c.*, p. 305.

(3) *Ét de saint Louis*, I. 10 (Éd. Viollet, p. 19). Voir *supra*, p. 618, note 5.

(4) De Fontaines, ch. 33, § 11 (éd. Marnier, p. 384) et 14 (p. 385). Ce que l'en puet lessier à estrange persone peut-en lessier à I de ses enfanz, et à sa feme meismes. — ch. 34, n°s 2, 3 et 10 (p. 416, 417 et 420).

lement, il est proscrit : l'égalité des partages est la loi commune, à laquelle d'ordinaire il est interdit de déroger. C'est ainsi qu'elle est imposée entre enfants par les coutumes rémoise (1) et beauvaisienne (2), entre héritiers d'un degré quelconque par les droits normand (3) et Parisien (4).

Dans les pays, comme le Vermandois, où les libéralités préciputaires étaient admises, il était fort à craindre qu'un enfant ne se trouvât complètement exclu de la succession paternelle. De Fontaines s'en émeut : il traduit et commente avec insistance les textes romains qui organisent la Légitime (5) ; mais on sent bien à son langage que l'importation de cette institution étrangère se heurte à cer-

(1) Coutumes du XIII[e] siècle (Varin, *Archives législatives*, t. II, p. IV) § 3 Hons et fame ne puelent faire, de leur heritage naissant, leurs anfans l'un meilleur de l'autre. (Ponctuation rectifiée par M. Giraud, *Histoire du droit français*, t. II, p. 418).

(2) Beaumanoir, XII, 3. Voir *supra*, p. 620, note 2. — *Adde* LXX, 8.

(3) *Gr. Cout. de Norm.*, ch. XXXV, § 1 (éd. Tardif, t. II, p. 114). Præterea sciendum est quod, cum pater plures habeat filios, unum meliorem altero de hereditate sua non potest facere ; sed post ejus decessum omnia dona hereditatis, que ad utilitatem unius fecit, ad portiones faciendas inter eos debent penitus revocari. Nullus enim aliquem eorum qui equales hereditatis sue post decessum suum expectant portiones dando, tradendo, vendendo, vel aliquo alio modo potest de hereditate sua aliis facere meliorem, nec eciam aliquem ex eo procreatum. Et quod dictum est de masculis intelligendum est de feminis.

(4) *Parloir aux Bourgeois*, 13 août 1293 (*Histoire de l'Hôtel de Ville de Paris*. 2[e] Partie, p. 121) Rebriche que nul, par la coustume de la ville de Paris, ne pueut fere nul de ses hoirs en un degré melieur l'un que l'autre, ne donner plus à l'un que à l'autre, soit par don fet entre les vis, soit par cause de mort. — *Adde* la sentence suivante.

(5) Les chapitres 33 *Ci parole de testamenz et de lois* et 34 *Chi parolle des dons que li peres puet faire à ses enfans* sont pour une large part consacrés à cet objet.

taines résistances (1). L'homme qui lai
sans fortune, dit-il, ou un père ou une
mêmes conditions, et qui cependant attrib
à des étrangers, « ne fet pas son testan
fice de pitié (2). » Descendants et parents
cevoir au moins une « sostenance » qui l
vivre selon leur rang ; le montant en est
la richesse du *de cujus* et à la situation so
droit (4). L'auteur du *Conseil à un ami* s
sifier les applications de son principe, (
système des réserves coutumières. Il va (
quatre quints assurés au lignage suffisen
enfants d'honorables moyens d'existence,
maine n'entre pas en jeu (5). Mais il se p
teur n'ait que des meubles et conquêts (6

(1) De Fontaines, ch. 33, § 3 et 11 (éd. Marnier
ch. 34, § 10 (p. 420).

(2) ch. 33, § 3 (p. 379) : s'il a enfanz que rie
done ou laist, ou père ou mère d'autretel manière
lest toz ses biens as estranges, il ne fet pas son te
fice de pitié ; car qui doit-il mielz lessier, je ne d
ses enfanz, et à son père et à sa mère puisqu'il en
ne il ne n'ont mie forfet que l'en lor doie lessier
§ 5 (p. 381). § 7 (p. 382).

(3) Les frères et sœurs n'ont pas droit à la lé
(p. 423). Frères, ne suer, ne autres del lignage,
don, ne devise, ne lais que li pères face de se
mueblcs.

(4) Ch. 34, § 3 (p. 417), il ont sostenance, selonc
lor hautesce. — *Adde* § 4 (p. 417).

(5) Ch. 34, § 10 (p. 422). Mès se li pères a hérit
li héritages soffist à la sostenance as enfanz, de se
muebles puet fère plénièrement sa volenté auqu
enfanz ou à estranges. — *Adde*, ch. 33, § 15 (p.
p. 621, note 2.

(6) ch. 33, § 3 (p. 379). Voir *supra*, p. 620, note
— Ch. 34, § 10 (p. 422). Et ce entent-gie quant li
conquez. Ce meismes entent-je s'il n'avoit fors que

leur des propres soit insignifiante (1), ou que le prélèvement du préciput d'aînesse ait réduit à trop peu de chose la part des puînés en fiefs (2); en toutes ces hypothèses, le droit à la soutenance protège efficacement les légitimaires contre des libéralités excessives. Il faut toutefois qu'ils n'aient pas démérité, et De Fontaines extrait des compilations Justiniennes un certain nombre de justes causes d'exhérédation (3).

En Beauvoisis, l'interdiction du préciput rendait moins urgente l'introduction de la Légitime. Cependant l'utilité s'en faisait désirer pour le cas où un testateur, pauvre en propres, se permettrait des legs démesurés de conquets et de meubles. Beaumanoir a bien soin de consacrer l'existence de l'institution ; mais avec son talent supérieur de systématisation et d'exposition, il lui suffit de quelques phrases pour en esquisser l'économie en termes parfaitement adaptés aux besoins de ses concitoyens. Il en restreint le bénéfice au cercle familial le plus intime, aux héritiers nés de la chair et du sang : les enfants pauvres d'un père riche (4) jouissent d'un droit intangible à une « soustenance » qui leur permette de vivre « resnablement » et « selonc lor estat ». Pour se la faire attribuer, ils sont admis à demander la réduction à due concurrence des legs qui les frustrent (5), à moins que ces legs n'aient pour objet la

(1) Ch. 34, § 10 (p. 422). Et se li héritages est petiz, et li conquez sont grant, et si que li héritage ne sofisent pas à la sostenance as enfanz, de son conquest ne puet deviser fors ce qui sormonte la sostenance as enfanz.

(2) Ch. 34, § 3 et 4 (p. 417).

(3) Ch. 33, § 32, 33, 34, 36 (p. 398-404).

(4) Beaumanoir, XII, 17 : XII, 18 : ..... Donques pot on veoir que ce que noz avons dit, quant on laisse le tout à estranges persones, c'on doit secorre as hoirs du testament, c'est à entendre, quant il sont povre et ne l'ont pas mefet, pour droite cause de pité. — *Adde* XII, 37 ; LXX, 5.

(5) Beaumanoir, XII, 17. Noz ne nous acordons pas que tex testa-

restitution de biens indûment acquis, « car trop est cruel dete d'avoir de l'autrui à tort. ne nus hoirs ne doit enriquir du torfet son pere. » Le devoir d'assurer la nourriture et l'entretien des enfants disparaît, conformément à la tradition, quand ils se sont rendus coupables de graves outrages envers leurs parents (1). On peut alors les déshériter, moyennant une clause expresse où se trouve exprimé le motif, et un motif suffisant, qui explique une pareille rigueur. Beaumanoir indique les faits qui constituent des griefs assez sérieux pour légitimer cette exhérédation (2). Ce sont : l'inconduite des enfants, une mésalliance contraire à la volonté des parents, la prodigalité, le mariage de la fille ou de la mère avec l'ennemi du testateur, le refus d'assistance, les voies de fait. Cette brève énumération reflète curieusement l'état des mœurs et des opinions anciennes ; on y sent la vie même qui animait notre vieux droit. La légitime s'est glissée dans la jurisprudence et a reçu l'approbation du grand jurisconsulte de Clermont parce qu'elle était humaine, chrétienne, charitable, et comme on disait alors « por cause de pité (3). » C'est sans doute dans les mêmes intentions que le Livre

meins soit tenus, ançois doit estre retret du testament, tant que li hoir puissent resnablement vivre et avoir lor soustenance selonc lor estat. — *Adde* XII, 19 et 20.

(1) Beaumanoir, XII, 17. Li secons cas en coi nul restors ne doit estre fes as hoirs, si est, s'il fet mention el testament que li hoir li aient meffet, parquoi il ne lor vaut riens laissier el testament... Et se je le voil oster de mon testament, je dois dire en mon testament : « Je ne voil pas que tix ou tele, qui est mes hoirs, prengne riens en mes muebles, en mes conquès ne el quint de mon heritage ; car il m'a meffet en tele maniere que je croi mix fere le porfit de m'ame à autre personne qu'à li. » Mais voirs est que des quatre part de mon heritage ne puis je pas oster à mes hoirs ce que coustume et drois donne, ne por nuls des cas dessus dis.

(2) XII, 17 et 18.

(3) XII, 18, 19, 20.

de Justice et de Plet (1) garantissait aux descendants un tiers au moins des meubles de leur auteur.

Ainsi trois traits essentiels composent le système compliqué selon lequel les coutumes façonnent le droit de tester : constitution de la plus grosse part des propres en réserve fortement protégée, ce qui entraine corrélativement la disponibilité de la fraction des propres non réservée, comme de tous les meubles et conquêts ; — en thèse générale, prohibition du préciput : — obligation d'assurer au moins des aliments aux enfants non indignes. Rarement le monde juridique a connu organisation plus parfaite, c'est à-dire mieux appropriée aux conditions du milieu où elle fonctionne, c'est-à dire encore plus apte à réaliser intégralement l'idée de justice dans une civilisation donnée. Rappelons-nous en effet la situation des hommes et des choses au XIIIe siècle : la terre est la richesse par excellence ; c'est elle qui donne la puissance économique et politique ; c'est elle aussi qui procure aux familles un établissement durable, et, en leur garantissant de solides assises foncières, maintient par l'union des membres la force du groupe. Les immeubles reçus des ancêtres doivent former le patrimoine des arrière-neveux ; une suite ininterrompue de générations solidaires enveloppe et absorbe la personnalité de l'individu présent : il est souverain tant qu'il vit, parce qu'il faut bien un chef : mais il ne peut plus après sa mort compromettre les destinées de la race. La soustraction des propres aux libéralités testamentaires est la conséquence équitable et salutaire des conceptions médiéviques de la famille.

(1) XII, 3, § 3 (éd. Rapetti, p. 225). Feme qui a seignor, et home qui a feme, et hont enfanz, ne puent doner que le quint de lor héritage, et le tierz de lor mobles : et le tierz est as enfanz, des mobles, et des conquez ausint.

Par contre ce raisonnement ne s'applique ni aux c
quêts ni aux meubles. Les conquêts sont la propriété
vative, non plus de la famille, mais de l'individu.
seul les a gagnés, lui seul aussi doit en disposer. Qu
aux meubles, c'est chose fragile, périssable, souvent
fractaire à la possession prolongée et en tous cas déga
des localisations permanentes : il ne saurait donc ê
question, pour ces fluides éléments de fortune, d'une p
pétuité juridique qui en ferait à toujours le patrimoine d
lignage. Il y a plus, et même en l'absence de conquêts
de meubles, le Français, le chrétien, ont besoin à l'heu
de la mort de quelques biens qui leur permettent de rég
leurs comptes ultimes, de récompenser un service
prême, de réparer une injustice oubliée, d'offrir à Di
l'aumône dernière du repentir et de l'expiation. De là
disponible du tiers ou du quint des propres. Le con
de l'homme et de la race se trouve résolu par la plus h
reuse des transactions : il est fait aux tendances indi
dualistes et communautaires une part exactement p
dérée.

La légitime, ou pour parler la langue du XIIIe siècle
droit à une soutenance, achève de donner au régime u
harmonieuse souplesse qui en facilite la mise en œuv
La morale approuve et l'intérêt général exige que le pè
dans la mesure de ses ressources, pourvoie à la subs
tance de ses enfants. Son rôle est de leur donner le moy
de vivre sans être à charge aux autres, avant de songer
des libéralités étrangères ; il y a là pour lui un dev
d'assistance privée dont l'accomplissement importe à
société tout entière.

Beaucoup plus délicate est l'appréciation des dispo
tions de nos Coutumes relatives au préciput. D'un côté,
semble arbitraire de restreindre par mesure impérative
coercitive les pouvoirs du père qui entend répartir à s

gré son avoir entre ses enfants : de plus il est parfois indispensable, dans un monde féodal ou agricole, de concentrer aux mains d'un seul les fragments d'une fortune qui ne reste productrice ou protectrice qu'en formant une masse vastement consistante. En sens inverse, il convient de tenir compte de ce sentiment inné dans toute les âmes françaises, qui nous détourne comme d'une iniquité des libéralités préciputaires : le père doit aimer tous ses enfants d'un amour égal ; nous en concluons, par cœur plutôt que par raison, qu'il est tenu de laisser à tous des parts héréditaires égales. Les deux thèses ennemies sont chaudement défendues, et ces antinomies théoriques expliquent peut-etre les contradictions effectives qui sur ce terrain mettaient jadis en conflit les usages de nos diverses provinces. Quelques-unes d'entre elles avaient sans doute trouvé la vraie solution de la difficulté ; ces heureuses contrées jouissaient alors d'une jurisprudence digne de la plus sincère admiration. Corrigée sur le seul point critiquable ou douteux, la réglementation coutumière du droit de tester devenait un pur chef-d'œuvre : elle donnait satisfaction aux nécessités de la justice, et c'est la raison d'être de toutes les lois ; — elle assurait une liberté encourageante aux enthousiasmes de la charité, et c'est l'idéal supérieur de toutes les institutions humaines.

TITRE II

LE TESTAMENT DES PAYS DE DROIT ÉCRIT

Aucun événement décisif ne modifie dans la seconde partie du XIII[e] siècle l'organisation juridique des Pays de droit écrit : on suit les errements du passé, et on s'attache avec une fidélité persistante aux enseignements retrouvés de Justinien : mais la lente acclimatation des lois antiques dans un monde plus jeune, au milieu de coutumes plus récentes, se poursuit sous l'effort continu des tabellions, des juges et des doctrinaires. Il convient d'esquisser d'une plume rapide l'état du droit méridional au temps de saint Louis, pour en faire ressortir le contraste avec les pratiques du Nord. Nous nous conformerons à la division en quatre chapitres adoptée aux titres précédents.

CHAPITRE PREMIER

FONCTION DU TESTAMENT. — COMPÉTENCE EN MATIÈRE TESTAMENTAIRE

L'époque que nous étudions marque un moment de détente dans l'histoire politique et religieuse de nos provinces méridionales. Les horreurs de la guerre des Albigeois ont pris fin, l'hérésie a été vaincue, et les consciences irritées commencent à se calmer. Il semble que les testaments portent la trace de cette pacification générale ; l'ancienne défiance s'efface à l'égard du clergé, et les legs pieux se développent naturellement. D'autre part la féodalité est régulièrement organisée ; les barons, moins inquiets de l'avenir de leur maison, n'ont plus à en protéger la puissance par de savantes combinaisons successorales. De pareilles dispositions étaient bien faites pour adoucir l'aigreur des conflits de compétence.

I

Fonction sociale des actes à cause de mort.

La plupart des actes à cause de mort, dans la région et le temps qui nous occupent, présentent un mélange de clauses temporelles et spirituelles. Le tes-

tateur règle le payement de ses dettes (1), la réparation des torts qu'il a causés (2) : il ordonne des legs aux Églises (3), aux pauvres (4), à ses serviteurs (5), à ses

(1) Testament de Raimond VII, comte de Toulouse (1249). *Histoire du Languedoc*, éd. Dulaurier. t. VIII. n° 413. col. 1256. Item volumus et mandamus ut omnia debita nostra, quibuscumque personis ea debebamus, solvantur de bonis nostris... — Testament de Jeanne, comtesse de Toulouse (1270). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 535, col. 1690. Voir l'appendice. — Testament d'Aczon de Meximieux, chanoine de Saint-Paul (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, n° 46, p. 198. — Codicille du même (1286), *l. c.*, n° 47, p. 204.

(2) Voir le testament de Vidal Gautier, de Toulouse (1243). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 360, col. 1111. — Testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. III, n° 3705, p. 43. Deinde statuo quod, si hereditatem alicujus detinuerim minus juste, nec inde satisfecerim cistra articulum mortis mee, solvo, restituo et penitus quipto, dummodo coram executoribus testamenti mei probari potuerit, cognita veritate. — Testament de Raimond VII, comte de Toulouse (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 413, col. 1255. — Testament d'Elzéar, seigneur d'Uzès (1254). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 440, col. 1331. — Testament de Jeanne, comtesse de Toulouse (1270). Voir l'appendice.

(3) Testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. III, n° 3705, p. 43. — Testament de Raymond VII (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 413, col. 1255. — Testament de Jeanne, comtesse de Toulouse, (1270). Voir l'appendice. — Testament de Philippe II de Montfort (1271). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 534, col. 1694. — Testament d'Aczon de Meximieux, chanoine de Saint-Paul (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, n° 46, p. 199.

(4) Testament de Vidal Gautier, de Toulouse (1243). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 360, col. 1111. — Testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. III, n° 3705, p. 44 : Hec similiter lego : pro meis exequiis faciendis, ad pauperes terre mee revestiendos, centum libras ; ad pauperes puellas terre mee maritandas, centum libras. — Testament de Jeanne, de Toulouse (1270). — Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, n° 46, p. 200.

(5) Testament de Raimond VII (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 413, col. 1257. Item volumus et mandamus, ut de bonis

amis (1), et si besoin est à son conjoint (2). En mêm temps il institue héritiers ses plus proches parents (3), de préférence ses fils (4), pour leur transmettre le noya solide et compact de sa fortune. Mais cette partie laïqu du testament est rédigée beaucoup plus simplemen qu'auparavant : les substitutions ne s'étalent plus av le luxe d'antan : on laisse à la coutume (5), fermemen établie, le soin de pourvoir aux nécessités féodales.

nostris provideatur familie nostre, et hoc faciat Sicardus Al manni arbitrio suo, prout honori nostro viderit expedire. Testament de Jeanne de Toulouse (1270). Voir l'appendice.

(1) Testament d'Elzéar, seigneur d'Uzès (1254). *Histoire du La guedoc*, t. VIII, nº 440, col. 1330. — Testament d'Aczon de Me mieux, chanoine de Saint-Paul (1286). *Polyptique de Saint-Pa de Lyon*, nº 46, p. 200.

(2) Legs à l'épouse : testament d'Elzéar, seigneur d'Uzès (125 *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 440, col. 1330. Item recognos domine Guillelme uxori mee cum ea habuisse et recepisse dotem XIIIm s. Melgor., computatis LXX libr. Turon.. ... qu sibi restitui mando, et preterea lego sibi cc. libr. Melgor. Legs à l'époux : testament de Jeanne, comtesse de Toulou (1270).

(3) Testament de Raimond VII (1249). *Histoire du Languedo* t. VIII, nº 413, col. 1256. — Testament de Jeanne, comtesse Toulouse (1270). — Testament d'Aczon de Meximieux (1286 *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, nº 46, p. 201. Item Joha ninum de la Vernousa, clericum, filium quondam Bartholomei la Vernousa, domicelli defuncti, consanguinei mei, heredem mi instituo universalem in hiis que habeo apud... — Codicille d même (1286), *l. c.*, nº 47, p. 204.

(4) Testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. II nº 3705, p. 43. Inprimis heredes meos instituo Hugonem Brun comitem Engolisme, Guidonem, Gaufridum, Willelmum de V lencia, milites, et Ademarum, clericum, filios meos, in terra meam, secundum quod alias a me et Ysabelli, quondam uxo mea, sue cuilibet assignate sunt porciones. — Testament d'Elzéa seigneur d'Uzès (1254). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 44 col. 1331. — Testament de Philippe II de Montfort (1271). *Histoi du Languedoc*, t. VIII, nº 534, col. 1694.

(5) Testament de Philippe II de Montfort (1271). *Histoire d*

II

Règles de Compétence.

La croisade contre les Cathares a provoqué un mouvement intense du Nord vers le Midi. Les populations des deux parties de notre pays ont pris mutuellement contact ; un courant d'idées réciproque s'échange entre elles ; le pouvoir royal commence à jeter des germes d'influence dans des contrées qui lui ont été jusqu'alors fermées. Partant la séparation s'atténue à certains points de vue entre les pays de langue d'Oc et de langue d'Oil ; les événements politiques se répercutent de ceux-ci à ceux-là ; une certaine unité, dont il ne faudrait pas d'ailleurs exagérer l'intimité, relie leur vie publique : on peut dire qu'ils n'ont plus qu'une histoire commune, l'histoire de France. Les rapports entre les juridictions laïques et ecclésiastiques sont donc sensiblement les mêmes au Midi et au Nord : la compétence est concurrente pour les procès testamentaires (1). Cependant, grâce aux traditions du passé,

Languedoc, t. VIII. nº 534, col. 1694. In primis liberos nostros omnes et singulos heredes nobis instituimus, ut in bonis nostris succedere nobis possint et debeant, secundum consuetudinem Gallicanam, ita tamen, quod filie que dotate sunt vel dotabuntur nobis et uxore nostra viventibus, dotibus suis secundum eandem consuetudinem sint contente.

(1) La compétence ecclésiastique ressort de l'ampleur même des developpements accordés par Guillaume Durant aux matières testamentaires. *Speculum Juris*. L. II, P. II, *de instrumentorum editione*, § 12, *Testamenta qualiter impugnentur* (éd. de 1592, p. 318) ; § 13, *De ultimarum voluntatum executoribus* (p. 330) ; § 14 (p. 357) ; § 15 (p. 360). — *Repertorium aureum*, p. 40 : *de testamentis, et ultimis voluntatibus* : — p. 85 : *de testamentis, et successionibus ab intestato*. — Voir spécialement *speculum*, L. II.

le Sud accorde en nos matières plus d'autorité aux tribunaux temporels (1), et les protestations qui se sont parfois élevées contre le contrôle ecclésiastique des actes à cause de mort ont trouvé près des barons méridionaux un écho puissant et empressé (2).

P. II, § 13, no 70 (74 de Durant), p. 352 : Talia enim potius sunt ecclesiastica, quam mundana, propter personas, et loca, quibus fiunt : — no 74 (78 de Durant), p. 353 : Item pium est, ecclesiasticum, et non seculare, pias causas exercere : — § 12, no 16, p. 323 : quod si agatur in foro ecclesiastico...

Quant à la compétence laïque, elle est attestée par des textes nombreux. Charte d'Aigues-Mortes (1246). *Layettes*, t. II, no 3522, p. 622. La curie municipale est investie d'un pouvoir exécutif en matière testamentaire. — Consultation de 1251. *Histoire du Languedoc*, t. VIII, no 424, col. 1293 : l'enregistrement doit se faire *apud tribunal regium*. — Statuts de Villefranche-de-Rouergue (1256). *Layettes*, t. III, no 4255, p. 298. Coutume de Toulouse (1286), art 123 (éd. Tardif, p. 57). Ces textes laïques règlent des questions de technique testamentaire. — *Olim*. Arrêts de la Chandeleur 1274, no 5 (éd. Beugnot, t. II, p. 55). Le Parlement de Paris repousse une demande d'envoi en possession fondée sur le testament du comte de Toulouse.

La dualité des compétences se reflète dans le *Speculum* de Durant, L. II, P. II, § 12, no 16, p. 323. Super hoc dicunt quidam, quod si agatur in foro ecclesiastico, valebit : si in seculari, et agatur in loco, ubi testamentum factum est, judex servabit istam consuetudinem.

(1) Les documents de pratique nous montrent surtout à l'œuvre la juridiction laïque. Voir la note précédente. Spécialement la consultation de 1251 ne mentionne que le tribunal royal comme susceptible d'exercer la juridiction gracieuse en matière testamentaire.

(2) Voir Paul Fournier, *Officialités*, p. 88, note 1, p. 101 et sq. — A noter surtout le rôle de Hugues X de Lusignan, comte de Marche, dans la coalition de 1246.

CHAPITRE II

RÈGLES DE FOND

Le testament des pays du Midi est en quelque sorte la juxtaposition d'un testament romain et d'un testament coutumier. Il y a des exécuteurs testamentaires. pour mener à bonne fin l'ensemble des opérations qui. à Paris ou à Beauvais, font l'unique objet des actes *mortis causa.* Il y a aussi des héritiers institués, qui reçoivent de la volonté du *de cujus* une situation que les hommes du Nord laissent à la seule coutume le soin de transmettre.

I

Institution d'héritier.

Bien que parfois les usages locaux admettent la validité d'un testament sans institution d'héritier (1), il n'en

(1) Coutume de Toulouse (1286), art. 123 non approuvé par le conseil du roi (éd. Tardif, p. 58). Item, est usus sive consuetudo Tholose quod quilibet non habens liberum vel liberos potest legare omnia bona sua non conditionata in testamento suo, cuicunque sue placuerit voluntati et sine heredi vel heredum institutione, et tale testamentum obtinet efficaciam et valorem. — Il est fait usage de cette tolérance coutumière en 1243, au testament de Vidal Gautier, de Toulouse. *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 360, col. 1110.

est pas moins vrai qu'en thèse très générale cette clause est essentielle en pays de droit écrit (1); elle apparaît à une place quelconque (2) de la presque unanimité des testaments. Le ou les héritiers institués, qui peuvent être des postumes (3), reçoivent, selon la notion vingt fois séculaire, une vocation au moins éventuelle à l'universalité du patrimoine (4) : ce qui n'empêche pas l'existence de quelques institutions *ex re certa* (5). A l'occasion le

(1) *Speculum*. L. II. P. II, § 12, n° 9, p. 321. Oppone contra testamentum, quod testator non scripsit nomen hæredis, quod facere debet, si potest... Item quod hæres non est in eo institutus. — Et en effet la clause figure dans toutes les formules que Guillaume Durant propose aux testateurs. Voir notamment. L. II. P. II, § 12. n° 36 (p. 326). — *Adde*. L. II P. II, § 13, n° 26 (27 de Durant), p. 339. Item pone, quod aliquis non instituit hæredem, sed tantum reliquit legata : puta in codicillis. — § 13, n°s 59 et 60 (60 et 61 de Durant), p. 348.

(2) Elle figure au début des testaments de Hugues de Lusignan (1248), et de Philippe II de Montfort (1271) ; — au cours des testaments de Raimond VII (1249), d'Elzéar d'Uzès (1254), de Jeanne de Toulouse (1270). d'Aczon de Meximieux (1286). — Voir le *Speculum*, L. II, P. II, § 12, n° 38 *in fine*, p. 328 : Verumtamen præmissus ordo non ubique servatur in testamentis. Alicubi namque statim post proœmium scribitur heredis institutio : eo quod ipsa dicitur caput et initium testamenti ; deinde ad legata et similia proceditur. Sed primus modus Bononiæ servatur, et bene... Verumtamen non refert, utrum primo legetur, et postea hæres instituatur.

(3) Testament d'Elzéar, seigneur d'Uzès (1254). *Histoire du Languedoc*. t. VIII, n° 440, col. 1331. Ventrem uxoris mee, si masculum posthumum mihi pepererit, illum heredem universalem omnium bonorum meorum instituo...

(4) *Speculum*. L. II. P. II, § 12, n° 46, p. 330. — Testament de Raimond VII (1249). *Histoire du Languedoc*. t. VIII, n° 413, col. 1256. Item in omnibus terris et aliis bonis nostris et juribus universis ad nos pertinentibus, heredem instituimus filiam nostram Johannam. — Testament d'Elzéar d'Uzès (1254). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 440. col. 1331. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270).

(5) Testament d'Elzéar, seigneur d'Uzès (1254). *Histoire du Lan-*

disposant complète son œuvre par des substitutions (1), qui règlent la dévolution de sa fortune pour le cas où l'institué mourrait avant tel délai (2), ou sans laisser de postérité (3).

L'héritier grevé de legs excessifs, ou de restitutions fidéicommissaires trop lourdes, peut retenir, dans le premier cas la quarte Falcidie (4), et dans le second la quarte

guedoc, t. VIII. n° 440, col. 1331. Si vero masculos duos vel plures pareret, illum qui primo nasceretur heredem universalem mihi instituo, et quemlibet aliorum mihi heredem instituo in L libr. Tur., volens quod intrent religionem. — *Olim*, Arrêts de la Chandeleur, 1274, n° 5 (éd. Beugnot, t. II, p. 55). — Le testament du chanoine lyonnais, daté de 1286 (*Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, n° 46, p. 201) se présente dans des conditions assez incorrectes : un clerc, parent du défunt, est institué « héritier universel » pour certaines terres ; et plus loin vient la véritable disposition universelle, au profit d'œuvres pieuses. Un codicille (n° 47, p. 204) rectifie la situation, en instituant pour une moitié le clerc, et pour l'autre moitié une église. — *Speculum*, L. II. P. II, § 12, n° 46, p. 330.

(1) *Speculum*. L. II. P. II, § 12, n° 46 *in fine*, p. 330. De substitutione vero nil dicimus : quia satis de illa a Doctoribus disputatur.

(2) Testament du chanoine de Lyon (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, n° 46, p. 201. Si vero infra quinque annos contingeret, quod absit, dictum Johanninum heredem meum decedere post obitum meum, in illo casu heredem universalem domini Stephani de Genay, militis defuncti, eidem substituo in rebus predictis...

(3) Testament d'Elzéar, seigneur d'Uzès (1254). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 440, col. 1332 : Item si uxor mea domina Guillelma posthumum mihi pepererit, et infra pupillarem etatem vel postea quandocumque sine liberis decesserit, substituo ei alium posthumum, qui esset primo natus post illum, si viveret.

(4) *Speculum*. L. II, P. II, § 12, n° 33 *in fine*, p. 326 : Quid si Deus directe institutus est, sed hæreditas est propter legata exhausta ? dic, quod poterit ipse Deus, sive executor, deducere quartam Falcidiam, sive quivis alius. — Cf. L. IV. P. II. *De Testamentis*, n° 25, p. 371.

Trébellienne (1). Toutefois le testateur est libre de lui enlever le droit à la Falcidie (2), et en aucun cas ce bénéfice ne permet de porter atteinte aux legs *ad pias causas* (3); ces restrictions ne s'appliquent pas lorsqu'il s'agit de la Trébellienne (4). Quant aux restitutions ordonnées par le défunt, elles échappent à toute réduction (5).

Normalement, le testament est le seul acte à cause de mort capable de créer un héritier (6). Il arrive cependant qu'on procède à une institution par codicille (7); mais

(1) *Speculum*. L. IV. P. II. *De Testamentis*, nº 16, p. 370; nº 22, p. 371.

(2) *Speculum*. L. II. P. II, § 12, nº 47, p. 330. Sequitur videre de providis testatorum dispositionibus, quæ quidem plures sunt. nam quandoque prohibet heredem detrahere Falcidiam de legatis, etc...

(3) *Speculum*. L. IV. P. II. *De Testamentis*, nº 29, p. 372. Quid si legatum est tale, de quo non detrahitur Falcidia, puta ad pios usus, nunquid onerantur alii legatarii?

(4) *Speculum*. L. II. P. II, § 12, nº 33, p. 326. Sed cum deductio Falcidiæ cesset in relictis ad pias causas, ...nunquid erit idem in Trebellianica? Videtur quod non. — L. IV. P. II. *De Testamentis*, nº 28, p. 371. Et no. quod Trebellianica inducitur contra voluntatem testatoris.

(5) *Speculum*. L. II. P. II, § 12, nº 34, p. 326. Item scias quod de his quæ testator præcepit restitui de illicite acquisitis, nihil est diminuendum, vel deducendum prætextu alicujus impositionis post obitum testatoris, vel etiam ante, ipso in lecto ægritudinis jacente, in fraudem sibi factæ...

(6) *Speculum*. L. II. P. II, § 12, nº 46, p. 330. Tertio dicendum restat de hæredis institutione : super quo simpliciter, tu Canonista, nota, quod directa hæredis institutio fieri nequit, nisi in testamento, et non in codicillo, vel alia ultima voluntate. — § 15, nº 1, p. 360 : Hæres non instituitur in codicillo.

(7) Codicille d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, nº 47, p. 204 : in medietate illius residui, pacificatis prius clamoribus meis, debitis, elemosinis et legatis meis persolutis, dictum Johanninum de la Vernousa heredem mihi instituo universalem, et in alia medietate dictam ecclesiam Sancti Pauli mihi similiter heredem instituo.

peut être n'y a-t-il là qu'une erreur de droit, susceptible de fonder une action en nullité (1).

II

Exécuteurs testamentaires.

Toutes les dispositions religieuses des testaments gravitent autour d'une nomination d'exécuteurs testamentaires (2) : c'est le centre et le pivot de la partie pieuse des actes de dernière volonté. Les textes donnent à ces hommes de confiance des noms divers : les praticiens parlent de *testamentarii* (3), de *commissarii* (4), de *gadiatores* (5), de *spondarii* (6) ; et les savants (7), de *divisores*, de *distributores*, de *dispensatores*, de *ministri*, sans

(1) L'hypothèse est d'autant plus plausible que les dispositions émanées dudit chanoine abondent en bizarreries juridiques.

(2) Guillaume Durant leur consacre un long § : *Speculum*, L. II, P. II, § 13. *De ultimarum voluntatum executoribus*, p. 330-356.

(3) Testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. III, n° 3705, p. 43.

(4) Testament de Raimond VII (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 413, col. 1256. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270).

(5) Testament de Raimond VII (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 413, col. 1256. — Testament d'Elzéar d'Uzès (1254). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 440, col. 1332. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270). — Voir Guillaume Durant, *Speculum*, L. II, P. II, § 13, n° 3 *in fine*, p. 334 : Provinciales autem vulgares tales gardiatores a gardio, quod vulgariter dicitur testamentum.

(6) Testament de Raimond VII (1249) *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 413, col. 1256. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270).

(7) Voir *Speculum*, L. II, P. II, § 13, n° 334.

préjudice du terme le plus simple, *executores* (1). A la fin de la période précédente, leur situation, nous l'avons dit, était exactement celle de mandataires, avec pouvoir de fait sur certains biens héréditaires. La doctrine, dans la seconde moitié du XIII[e] siècle, essaye de les ramener à un autre type, et cherche à les assimiler aux fidéicommissaires : on explique ainsi sans difficulté le droit réel dont ils sont investis, et on respecte la prohibition romaine du mandat *post mortem*. Aussi Guillaume Durant se fait-il le champion zélé de cette nouvelle théorie (2). Mais il ne paraît pas qu'elle ait eu grand succès auprès des hommes du temps. Les chartes concrètes restent fidèles à l'idée traditionnelle (3), qui seule résume exactement les faits et correspond à la logique aussi bien qu'à l'histoire de l'institution. Toute autre conception est particulièrement inadmissible dans l'hypothèse, qui n'est pas sans exemple,

(1) *Speculum*. L. II. P. II, § 13, p. 330, rubrique et *passim*. Testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. III, n° 3705, p. 43. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270). — Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint Paul de Lyon*, n° 46, p. 198.

(2) *Speculum*, L. II. P. II, § 13, n[os] 66, 67 et 68 (69-72 de Durant), p. 351. Voir notamment n° 71. L'exécuteur testamentaire est *loco legatarii, vel fideicommissarii*, propter quasdam similitudines, quas cum illis habet. — Il est même *loco heredis* le cas échéant : n° 16, p. 336 ; n° 26, p. 339 ; n° 68 in fine (72 de Durant), p. 351.

(3) Voir notamment le testament de Hugues de Lusignan (1248); *Layettes*, t. III, n° 3705, p. 43. — Testament de Raimond VII (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 413, col. 1257 : dantes dictis commissariis seu gadiatoribus nostris plenam et liberam potestatem exequendi omnia relicta pro anima nostra et alia legata, et ut ea et omnia debita nostra solvant et solvi faciant de bonis nostris, et quod omnia a nobis injuste adquisita et indebite ablata, prout superius est expressum, restituant et de bonis nostris in integrum emendent. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270). — Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, n° 46, p. 202.

où l'exécution commence du vivant même du disposant (1). C'est donc un mandat que reçoivent les fiduciaires (2) : le testateur leur donne pleine et entière puissance d'agir pour son compte (3) : ils tiendront son lieu et place. Les droits des exécuteurs sur les éléments du patrimoine successoral se justifient et se limitent par ce mandat lui-même : dans la sphère qui leur est assignée, ils doivent se comporter comme des gérants, comme des administrateurs (4).

(1) Testament de Hugues de Lusignan, comte de Marche (1248). *Layettes*. t. III, nº 3705, p. 43. Le comte va partir pour la croisade : Item precipio quod emende injuriarum, quas quibuscumque intuli quoquomodo, que probari poterunt arbitrio testamentariorum meorum, fiant per eosdem testamentarios : ad quod solvendum statuo quod ipsi executores solvant annuatim, a tempore mote mee quamdiu vixero, quingentas libras de proventibus terre mee, quas tenentur eisdem tradere Gaufridus filius meus, Hugo Poverelli et senescallus Marchie, quibus relinquo terram meam gubernandam, et post mortem meam, ad solvendum residuum emendarum, obligo terram meam et proventus ejusdem, juxta taxacionem et arbitrium testamentariorum meorum, quousque super premissis omnibus fuerit satisfactum.

(2) Voir notamment le testament de Jeanne de Toulouse (1270); — celui d'Aczon de Meximieux (1286), *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, nº 46, p. 199 : Item cuilibet hospitali civitatis Lugdunensis et circa duos solidos viennensium semel do, lego, distribuendo per manus exequtorum meorum vel per nuncium eorumdem inter pauperes ibidem linguentes et egentes.

(3) Testament de Raymond VII (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 413, col. 1257. *Supra*, p. 642, note 3, — Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, nº 46, p. 202. Dans et concedens dictis trious exequtoribus meis, duobus vel uni eorum, si omnes interesse non possent aut nollent presenti exequtioni, generalem, plenam et liberam potestatem ac speciale mandatum per se vel per procuratorem ydoneum agendi, petendi, exigendi et recipiendi jura et debita mea quecumque sint et etiam distrahendi de eisdem, si necesse fuerit, pro premissis omnibus adimplendis, et generaliter omnia alia faciendi que ego, si vivus essem, possem facere vel deberem.

(4) *Speculum*. L. II, P. II, § 13, nº 29, p. 340 : Azo vero... quod

Il y a donc sous ce rapport une différence entre la technique du Nord et celle du Midi, puisqu'au Nord la domination effective des exécuteurs sur la fortune du défunt a été en quelque sorte détachée de leurs attributions générales, objectivée à titre de droit propre, organisée en saisine. Mais ce qui est vraiment essentiel, le principe du mandat et de la représentation du défunt par ses hommes de confiance, reste intangible de part et d'autre. Pratiquement on en déduit des conséquences identiques en pays coutumier et en pays de droit écrit, et des deux côtés les détails de mise en œuvre se reproduisent exactement.

Le testateur avisé, en créant plusieurs exécuteurs, leur donne la faculté de nommer le successeur de celui d'entre eux qui viendrait à disparaître (1); il les autorise, en cas de besoin, à procéder en nombre restreint et sans le concours de collègues empêchés (2). Il organise le payement

non est hæres, sed administrator. — Testament de Raimond VII (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 413, col. 1257. Item instituimus, volumus et mandamus, ut dilectus ac fidelis noster Sicardus Alamanni presit toti terre nostre, regat et custodiat eam et quod redditus et proventus omnes recipiat, ponendo ibi illos, quos ad hoc viderit congruos et fideles, et quod exinde cum aliis commissariis seu gadiatoribus nostris legata et debita nostra persolvat, quousque terra nostra venerit ad manus filie nostre Johanne, comitisse Pictavie, quam heredem nostram instituimus, sicut superius est expressum. — Testament d'Elzéar, seigneur d'Uzès (1254). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 440, col. 1331. Gadiatores eorum, que legavi pro anima mea, et custodes tam meorum liberorum quam totius terre mee facio et ordino dominum episcopum, etc...

(1) Testament de Jeanne, comtesse de Toulouse (1270). Voir l'appendice.

(2) Testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. III, nº 3705, p. 45 : Quod si non omnes exequcioni totius testamenti potuerint interesse, alii nichilominus exequantur. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270). — Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, nº 46, p. 202. Voir *supra*, p. 643, note 3.

de ses dettes (1), réglemente la réparation des dommages par lui causés (2), prescrit l'acquittement de legs multipliés (3). Les disposants accordent aux exécuteurs une très large liberté dans la distribution de leurs pieuses générosités (4); ils les habilitent à conclure les opérations diverses que comporte une liquidation (5). Quelques-uns ajoutent que les dépenses nécessitées par l'exécution seront remboursées à ceux qui en auront fait l'avance (6); on récompense ces services posthumes par un legs de valeur variable (7).

(1) Testament de Jeanne de Toulouse (1270).

(2) Testament de Hugo de Lusignan (1248), de Raimond VII (1249).

(3) Testament de Hugo de Lusignan (1248); de Raymond VII (1249); d'Elzéar d'Uzès (1254); de Jeanne de Toulouse (1270).

(4) Testament de Raimond VII (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 413, col. 1256 : Residuum vero de decem millibus marcharum supradictis, quod restat distribuendum, distribui volumus arbitrio commissariorum nostrorum infrascriptorum, qui gadiatores seu spondarii vulgariter appellantur, ad pias causas, sicut saluti anime nostre magis expedire videbunt. — Testament d'Elzéar d'Uzès (1254). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 440, col. 1330. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270). — Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, nº 46, p. 198 et sq.

(5) Testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. III, nº 3705, p. 43 — Testament de Raimond VII (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 413, col. 1257. Voir *supra* p. 642, note 3.— Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, nº 46, p. 202. Voir *supra*, p. 643, note 3.

(6) Testament de Jeanne de Toulouse (1270).

(7) Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, nº 46, p. 202 : Hujus autem mee ultime voluntatis exequtores meos constituo dominum Petrum de Vassaliaco, sacristam ecclesie Sancti Pauli predicti, magistrum Bernardum de Maximiaco, clericum de choro ejusdem ecclesie, et donnum Guilleimum Deulofit, presbiterum de choro dicte ecclesie, quibus domino sacriste et magistro Bernardo, videlicet ipsorum cuilibet centum solidos vien ensium et dicto donno Guillelmo sexaginta solidos viennensium pro labore do, lego.

Il y a donc sous ce rapport une différence entre la technique du Nord et celle du Midi, puisqu'au Nord la domination effective des exécuteurs sur la fortune du défunt a été en quelque sorte détachée de leurs attributions générales, objectivée à titre de droit propre, organisée en saisine. Mais ce qui est vraiment essentiel, le principe du mandat et de la représentation du défunt par ses hommes de confiance, reste intangible de part et d'autre. Pratiquement on en déduit des conséquences identiques en pays coutumier et en pays de droit écrit, et des deux côtés les détails de mise en œuvre se reproduisent exactement.

Le testateur avisé, en créant plusieurs exécuteurs, leur donne la faculté de nommer le successeur de celui d'entre eux qui viendrait à disparaitre (1); il les autorise, en cas de besoin, à procéder en nombre restreint et sans le concours de collègues empêchés (2). Il organise le payement

non est hæres, sed administrator. — Testament de Raimond VII (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 413, col. 1257. Item instituimus, volumus et mandamus, ut dilectus ac fidelis noster Sicardus Alamanni presit toti terre nostre, regat et custodiat eam et quod redditus et proventus omnes recipiat, ponendo ibi illos, quos ad hoc viderit congruos et fideles, et quod exinde cum aliis commissariis seu gadiatoribus nostris legata et debita nostra persolvat, quousque terra nostra venerit ad manus filie nostre Johanne, comitisse Pictavie, quam heredem nostram instituimus, sicut superius est expressum. — Testament d'Elzéar, seigneur d'Uzès (1254). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 440, col. 1331. Gadiatores eorum, que legavi pro anima mea, et custodes tam meorum liberorum quam totius terre mee facio et ordino dominum episcopum, etc...

(1) Testament de Jeanne, comtesse de Toulouse (1270). Voir l'appendice.

(2) Testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. III, n° 3705, p. 45 : Quod si non omnes exequcioni totius testamenti potuerint interesse, alii nichilominus exequantur. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270). — Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, n° 46, p. 202. Voir *supra*, p. 643, note 3.

de ses dettes (1), réglemente la réparation des dommages par lui causés (2), prescrit l'acquittement de legs multipliés (3). Les disposants accordent aux exécuteurs une très large liberté dans la distribution de leurs pieuses générosités (4); ils les habilitent à conclure les opérations diverses que comporte une liquidation (5). Quelques-uns ajoutent que les dépenses nécessitées par l'exécution seront remboursées à ceux qui en auront fait l'avance (6); on récompense ces services posthumes par un legs de valeur variable (7).

(1) Testament de Jeanne de Toulouse (1270).

(2) Testament de Hugo de Lusignan (1248), de Raimond VII (1249).

(3) Testament de Hugo de Lusignan (1248); de Raymond VII (1249); d'Elzéar d'Uzès (1254); de Jeanne de Toulouse (1270).

(4) Testament de Raimond VII (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 413, col. 1256: Residuum vero de decem millibus marcharum supradictis, quod restat distribuendum, distribui volumus arbitrio commissariorum nostrorum infrascriptorum, qui gadiatores seu spondarii vulgariter appellantur, ad pias causas, sicut saluti anime nostre magis expedire videbunt. — Testament d'Elzéar d'Uzès (1254). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 440, col. 1330. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270). — Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, n° 46, p. 198 et sq.

(5) Testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. III, n° 3705, p. 43 — Testament de Raimond VII (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 413, col. 1257. Voir *supra* p. 642, note 3.— Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, n° 46, p. 202. Voir *supra*, p. 643, note 3.

(6) Testament de Jeanne de Toulouse (1270).

(7) Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, n° 46, p. 202 : Hujus autem mee ultime voluntatis exequtores meos constituo dominum Petrum de Vassaliaco, sacristam ecclesie Sancti Pauli predicti, magistrum Bernardum de Maximiaco, clericum de choro ejusdem ecclesie, et donnum Guillelmum Deulofit, presbiterum de choro dicte ecclesie, quibus domino sacriste et magistro Bernardo, videlicet ipsorum cuilibet centum solidos vien ensium et dicto donno Guillelmo sexaginta solidos viennensium pro labore do, lego.

Il y a des cas où l'on permet aux exécuteurs de se faire remplacer par des tiers (1) : Hugues de Lusignan (2) leur désigne les *procuratores* auxquels ils devront s'adresser. Le même seigneur leur choisit en outre, parmi les évêques et les comtes, des défenseurs dont la puissante protection leur permette de s'acquitter avec succès de leur mission. Dans une pensée un peu différente, Jeanne de Toulouse (3) associe à ses mandataires les évêques dans le diocèse desquels ses terres se trouvent situées : évidemment la testatrice entend assurer par là le contrôle de ses fiduciaires, car elle leur enjoint, sous peine de péché, de toujours travailler d'accord avec l'évêque du lieu où ils agissent. Même en dehors d'une pareille coopération, voulue par le défunt, la puissance publique est appelée à surveiller l'exécution des testaments. Nous ne pouvons que répéter ici ce que nous disions en étudiant le droit septentrional : les autorités laïques et ecclésiastiques concourent à cette œuvre d'intérêt général (4).

(1) Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polytique de Saint-Paul de Lyon*, n° 46, p. 202. Voir *supra*, p. 643, note 3.

(2) Testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. III, n° 3705, p. 45 : Hujus autem testamenti executores instituo et assigno venerabiles viros.... et ad exequendum et procurandum ordinacionem hujusmodi testamenti, de dictorum executorum consilio et mandato, constituo procuratores Hugonem Poverelli militem, Bartholomeum archipresbiterum de Sancaio, et Symonem clericum meum... Si quis vero contra hujusmodi statutum et testamentum meum ac predictos executores meos venire presumeret, vel eos, quantum ad hoc, in aliquo molestare, conservatores et precipuos defensores constituo at assigno, super omnibus supradictis, dominum comitem Pictavensem, Hugonem Bruni, comitem Engolismensem, filium meum et venerabiles patres Pictavensem, Lemovicensem episcopos.

(3) Testament de Jeanne de Toulouse (1270). Voir l'appendice.

(4) Spec. Sax. L. II, P. II, § 13, n° 1, p. 383 : Legitimi autem

III

Clauses accessoires.

Quelque répandu que fût l'usage des exécuteurs, il n'était cependant pas absolument universel, et nous avons exemple (1) d'actes à cause de mort qui ne font nulle mention de pareils personnages. Alors même qu'on recourt à leur ministère, on leur soustrait volontiers certaines libéralités (2): la chose est toute naturelle pour les avantages préciputaires à un héritier institué (3): on procède de même pour les legs à de proches parents (4) ou au conjoint (5).

Les exécuteurs sont également étrangers aux nomina-

dicuntur (executores), quibus hujusmodi potestas, sive officium datur a jure : ut est episcopus, œconomus, capitulum, et judex secularis. *Adde* n° 2, p. 333 ; n° 8, p. 334 ; n° 50, p. 344 ; n° 73, p. 353 ; n° 76, p. 354 ; n° 80 (86 de Durant) ; p. 355 : Sed nunquid judex secularis in predictis casibus poterit id implere ? Et videtur, quod sic : quia parem potestatem cum episcopo in his habere videtur. — Charte d'Aigues-Mortes (1246). *Layettes*, t. II, n° 3522, p. 622. Voir *supra*, p. 635, note 1.

(1) Testament de Vidal Gautier de Toulouse (1243) *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 360, col. 1110.

(2) Voir le testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. III, n° 3705, p. 44. L'importante disposition relative à la Terre-Sainte est réglée sans appel à l'intervention des exécuteurs auxquels le testateur confie le soin de ses autres volontés.

(3) Testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. III, n° 3705, p. 45. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270).

(4) Testament d'Elzéar d'Uzès (1254). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 440, col. 1330. Les *gadiatores* n'ont charge que des legs *pro anima* (col. 1332).

(5) Testament d'Elzéar d'Uzès (1254), col. 1330. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270).

tions de tuteurs, qui figurent parfois dans les chartes de dernière volonté (1) : tout au plus sont-ils désignés comme conseillers des personnes investies de la tutelle directement et en dehors de leur action (2). Il est possible en revanche qu'ils interviennent pour assurer l'observation des ordres laissés par le défunt en prévision de sa sépulture : rien de plus fréquent que ces règlements funèbres, émanés de l'intéressé lui-même (3), qui de son vivant détermine le mode et le lieu de son futur enterrement. C'est la préoccupation qui persiste le plus constamment au travers des vicissitudes sans nombre qu'ont subi les actes rédigés en vue de la mort. Née au sein du monde païen, elle se perpétue parmi les sociétés chrétiennes, comme inhérente au fond même de l'esprit humain et indépendante des formes de civilisation.

(1) *Speculum*. L. II, P. II, § 12, nº 44, p. 330. — Testament d'Elzéar d'Uzès (1254). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 440, col. 1330. Item liberis meis natis et nascituris do tutricem dominam Guillelmam uxorem meam, volens et mandans quod ipsa administret cum consilio domini Ramundi Gaucelini et Ramundi Centol militis et Stephani de Codolis civis Nemausensis.

(2) Raimond Gaucelin, le conseil de tutelle du texte cité ci-dessus, est institué exécuteur dans la phrase suivante.

(3) Testament de Raimond VII (1249). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 413, col. 1255. In primis sepulturam nostram eligimus apud monasterium Fontisebraudi, ubi jacet rex Henricus Anglie avus noster, et rex Richardus avunculus noster, et regina Johanna mater nostra, ad pedes scilicet ejusdem matris nostre. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270). — Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, nº 46, p. 198.

CHAPITRE III

RÈGLES DE FORME

En 1251, le frère de saint Louis, Alphonse, comte de Poitiers, comte de Toulouse et marquis de Provence, réunit à Toulouse une commission de vingt-deux jurisconsultes, en leur demandant une consultation sur la validité du testament et des codicilles de Raimond VII, le défunt comte de leur ville. Les experts rédigèrent un avis fortement motivé, dont le texte nous est parvenu (1). Ils examinent : les formes du testament, en exigeant la rigueur des observances romaines ; les formes des codicilles, en admettant les tolérances du droit canonique ; les formes de l'ouverture posthume, en imposant des conditions sévères de compétence et de cérémonial. Au triple objet de l'étude des docteurs, correspondent les trois premiers paragraphes de ce chapitre (2) ; le quatrième et dernier s'occupe des formes de la révocation.

I

Testaments selon le droit romain.

Conformément au droit de Justinien, le testament se

(1) *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 424, col. 1292.

(2) Voir sur les formes du testament méridional : Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, t. VII, p. 542 ; Viollet, *Histoire du Droit*, 2e éd., p. 891 et sq.

parfait soit par l'intervention de la puissance publique. soit par l'écriture. soit par la *nuncupatio*.

Les commentateurs passent d'ordinaire sous silence le testament par acte officiel (1). Nous voyons cependant le maire de La Rochelle (2) « seller et confirmer » du sceau de la commune la charte que lui présente une femme partant en pèlerinage. C'est grâce à cette formalité que le document prend valeur juridique : on se rappelle le testament *apud acta conditum* ou *principi oblatum*.

Le testament *in scriptis* ou solennel (3) est rapidement décrit par la consultation de 1251 (4), dont les indications peuvent être confirmées ou complétées grâce aux actes concrets. C'est dans les traits essentiels le *testamentum tripertitum* de Justinien (5). et ce sera notre

(1) Il n'en est fait mention ni par M. Glasson. ni par M. Viollet. Ce que M. Viollet appelle testament par acte public est quelque chose de très différent : c'est le testament par acte public de notre Code civil (art. 971 et sq), l'ancien testament nuncupatif rédigé *in forma publica* par un notaire.

(2) 1243. *Layettes*, t. II. n° 3142, p. 523. Testament de Beneeite, veuve de Gervais Savari et femme en secondes noces de Giraut de Gordon, bourgeois de La Rochelle. — « Cum je vogui aler à Saint Thébaut en pèlerinage, ordenai et devisai mon testament en tau manière : Je voii etc..... Et à maire fermeté de ceste chouse, sire Phelippes de Faye, adonques maires de la Rochèle, saiela et conferma icest présent escrit, à la requeste de la davantdite Beneeite et daudit Giraut de Gordon, son seignor, et de Johan Savari son fil, dou saiau de la commune de la Rochèle. Ceu fut fait l'an de l'incarnation Jeshu Crist M. CC. quarante et treis, ou meis de novembre. »

(3) Voir sur cette synonymie *Speculum*, L. II. P. II. § 12. n° 39, p. 328 : *adde* n° 40. p. 329.

(4) *Histoire du Languedoc*, t. VIII. n° 424. col. 1293. Concorditer responderunt, quod. nisi aliud per testes idoneos probaretur, ex se vires testamenti nuncupativi habere non poterat, set nec testamenti in scriptis. cum nec a testatore testibus probetur oblata nec coram comite sigillata. nec ibidem testium subscriptiones appareant, continentes quis et cujus signaverit testium.

(5) Institutes, II. 10. § 3.

testament mystique (1). L'auteur présente son œuvre à sept témoins au moins, qui tous ensemble signent et scellent (2). Lui-même souscrit également, ou s'il ne peut écrire, un huitième témoin intervient.

Reste le testament nuncupatif. Au XIIIe siècle comme au temps du Bas-Empire (3), il est en principe oral, et tire sa valeur des paroles (4) prononcées devant sept témoins (5). Il est suffisamment prouvé par la déposition

(1) C. Civ. art. 976 et sq.

(2) *Speculum*, L. II. P. II. § 12, no 8, p. 321 : Tertio oppone circa solennitatem, si igitur testamentum tanquam solenne producitur, oppone, quod testator nec totum scripsit, nec in aliqua parte sui coram testibus subscripsit, nec octavus testis pro eo scripsit, ubi ipse scribere nescit, vel non potest : quorum alterum requiritur..... Item quod non sunt in eo septem testes inscripti computato notario, vel octo, ubi testator scribere nescivit..... no 9, p. 321. Item quod testes non subscripserunt uno eodemque die, loco et tempore..... Item quod testes non consignaverunt illud.. .. *Adde*, nos 40 et 41, p. 329. — Voir testament de Jeanne de Toulouse (1270). Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, no 46, p. 203. Rogo autem testes presentes masculos et puberes in exteriori parte hujus mei testamenti scriptos ut ipsi una mecum in hac mea ultima voluntate sigillent, signent et subscribant vel pro se subscribi faciant, et inde loco et tempore perhibeant testimonium veritati.

(3) Institutes, II, 10, § 14.

(4) *Speculum*, L. II. P. II. § 12, no 39, p. 328 : Testamentum privatum sine scriptis dicitur illud, quod fit sine solennitate a jure inventa, ut patet in præmissis formis : et tale dicitur nuncupativum, quando videlicet coram septem testibus et tabellione, testator suam voluntatem et hæredis institutionem, et alia quæ in testamento ordinantur, nuncupat, sive declarat et exprimit... nec alia solennitas adhibetur, quamvis illa per tabellionem redigantur in scriptis. — Testaments inédits de 1257 et 1264, cités par M. Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 893, note 5.

(5) Les testaments de cette catégorie qui nous sont parvenus supposent toujours la réunion d'au moins sept témoins : il y en a sept exactement aux testaments de Vidal Gautier (1243) et de Philippe de Montfort (1271). Celui de Raimond VII (1249) en

des assistants (1) : mais Justinien con
tude d'en relater pour plus de commo
écrit (2). C'est ce qui se passe comm
pays du Midi (3) : on le fait rédiger *in*
par le ministère d'un notaire (5) qui e
disposant et aux témoins.

Le style des actes s'est débarrassé d
des chartes du Moyen-Age, pour dev
vraiment juridique. C'est dire qu'il r
des formules imprécatives ou commi
avions constaté la disparition au cours
cedente. Par contre, la clause codic
faveur marquée (6) : on tient à assur

comporte 9, et celui d'Elzéar d'Uzès (1254)
Hugues de Lusignan (1248), ne figurent que
pris celui du disposant, ce qui semble indiqu
ment : mais une queue avait été préparé
huitième personnage. — *Speculum*, L. II,
p. 321.

(1) Consultation de 1251. Voir *supra*, p. 6

(2) C. VI, 23, c. 31.

(3) Voir les actes cités ci-dessus, p. 651, n

(4) Consultation de 1251. *Histoire du*
n° 124, col. 1292. Dicti igitur jurisperiti, coll
cartulis servatim inspectis, licet eas non ab
nec quacumque sui parte viciatas invene
non constitit nec per eas constare potuit,
seu cartula, que testamentum dicitur, cor
fuerit a scriptore nec coram testibus recita
publica, etc...

(5) Statuts de Villefranche-de-Rouergue (
n° 1255, p. 268. Item instrumenta, a public
mandato nostro instituendo vel [illegible] i
firmitatem habeant [illegible] habent publica in

(6) *Speculum*, L. II, P. II, § 12, n° 18 (p.
vult igitur secure [illegible] dicat sic : Si no
[illegible]
valeat jure codicillorum et alterius cujus ib
[illegible]

jure civili serait nul comme tel une certaine efficacité à titre de codicille ou en vertu des principes canoniques : il y a là en effet des moyens plus simples de laisser des dispositions de dernière volonté.

II

Codicilles. — Formes canoniques.

Pour les codicilles, il suffit du témoignage concordant de cinq personnes ; les documents de pratique en fournissent la preuve concrète (1), et les jurisconsultes l'affirment dogmatiquement (2). Mais ils se souviennent aussi

testamento, vel aliquo jure, ut hæreditatem meam restituant P. nam hoc casu quilibet tenetur restituere hereditatem per fideicommissum..... — Testament de Raimond VII (1249) ; *Histoire du Languedoc*,. t. VIII, n° 413. col. 1257. — Testament de Jeanne de Toulouse (1270). — Testament d'Aczon de Meximieux (1286). *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, n° 46, p. 202 : Hanc autem meam ultimam voluntatem solam et unicam et non aliam, revocata omni alia, si unqûam aliam feci in scriptis vel sine scriptis. volo valere jure testamenti noncupativi vel jure codicillorum aut jure cujuslibet alterius ultime voluntatis, et si non valeat secundum leges volo quod valeat secundum canonicas sanctiones.

(1) Au codicille de Raimond VII (1249) assistent 12 personnes ; mais 5 seulement apposent leur sceau. Aczon de Meximieux (1286) prie 5 témoins de souscrire et de sceller avec lui son codicille. *Polyptique de Saint-Paul de Lyon*, n° 47, p. 205 : rogo quinque testes masculos et puberes in exteriori parte horum codicillorum nostrorum scriptos ut ipsi una mecum in hiis codicillis meis sigillent, signent et subscribant vel pro se subscribi faciant, et inde loco et tempore testimonium perhibeant veritati.

(2) Consultation de 1251. *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 424, col. 1293. Porro de codicillis visum est eis, quod, cum ibidem multi sint testes, coram quibus palam ordinati dicuntur, audiendi

des canons ecclésiastiques qui se contentent de deux ou trois témoins (1), et l'antinomie des législations est la source d'hésitations (2). Les experts de 1251 laissent voir notamment un réel embarras ; finalement ils déclarent qu'on ne saurait se montrer plus exigeant que les Décrétales, au moins lorsqu'il s'agit de legs pieux. Mais ils ne décident pas si les formes canoniques à elles seules pourraient donner valeur à un codicille quelconque, même mêlé de dispositions civiles. Guillaume Durant tranche la difficulté en proclamant sous ce rapport la souveraineté de la coutume : il lui reconnait le pouvoir d'exempter les dispositions de dernière volonté des solennités ordinaires (3). La rédaction faite en 1286 des usages Toulousains nous fournit une intéressante application du principe (4). D'après ce texte, deux ou trois témoins suffi-

sunt sigillatim, et si concordaverint quinque ex eis cum serie instrumenti, debent in omnibus observari, vel etiam si tres vel duo concordent, saltem in relictis ad pias causas in eisdem codicillis contentis. — *Speculum*. L. II. P. II., § 12, n° 9, p. 321. In codicillis tamen sufficiunt quinque non rogati. — *Adde*, § 12, n° 35, p. 326.

(1) *Speculum*. L. II. P. II, § 12, n° 11, p. 321. Item per jus canonicum duo testes cum presbytero sufficiunt in testamentis, etiam in aliis, quam ad pias causas,..... et duo tantum sine presbytero in relictis ad pias causas.

(2) *Speculum*. L. II. P. II, § 12, n° 13, p. 321. Quid si in instrumento, ubi sunt duo testes inscripti, continetur, quod Titius condidit testamentum nuncupativum coram septem testibus, nunquid per hoc instrumentum probabitur testamentum ?

(3) *Speculum*. L. II. P. II, § 12, n° 14, p. 322. Sed nunquid de consuetudine possunt præmisse solennitates remitti ? dico, quod sic, cum non prohibeatur consuetudo hæc admitti..... Ubi autem quis testari potest, bene relaxatur quandoque solennitas per consuetudinem.

(4) Art. 123 (éd. Tardif, p. 57) Noverint, etc... quod usus et consuetudo est Tholose, quod ultimum testamentum conditum ab eo qui de jure testari valeat adhibitis duobus vel tribus testibus, vel quatuor, vel amplius presente capellano vel sub-

sent à la confection d'un testament ; on opèrera « en présence soit du curé, soit de son vicaire, ou en leur absence, et même sans les appeler. » Cette mention, qui semble d'abord bizarre et superflue, s'explique par les décisions des conciles qui rendaient obligatoire la présence du prêtre aux actes à cause de mort (1). La coutume, en souhaitant qu'on se conforme à ces prescriptions, s'abstient de les imposer à peine de nullité. Le droit qu'elle consacre est donc très libéral. Toutefois il ne faut pas perdre de vue que les testaments Toulousains n'étaient souvent que des codicilles, puisqu'ils étaient affranchis de la nécessité d'une institution d'héritier. Lorsque le disposant tenait néanmoins à insérer cette clause capitale, pour conserver à l'acte son ampleur naturelle, bénéficiait-il encore des mêmes dispenses de forme ? Nous n'avons pas les éléments d'une réponse certaine ; mais il est incontestable que la commission de 1251, qui travaillait à Toulouse et sur un document toulousain, se serait prononcée dans le sens de la négative (2). Pour se soustraire au formalisme antique, il faut renoncer aux clauses précises et puissantes que le droit romain réserve à ses fidèles disciples.

capellano, vel etiam absente seu etiam non vocato, valet et obtinet roboris firmitatem tanquam si in numero testium esset juris solemnitas observata.

(1) Voir *supra*, p. 598. Notons que nombre de ces conciles se sont précisément réunis dans le Midi. Ils ne faisaient d'ailleurs que mettre en œuvre une disposition du *Corpus Juris Canonici*, X. III, 26, c. 10.

(2) Elle s'occupe d'un testament contenant une institution d'héritier, et elle exige l'observation des formes romaines.

III

Probatio.

C'est encore la consultation de 1251 (1) qui nous renseigne sur les détails de l'ouverture et de l'enregistrement des actes à cause de mort (2). La procédure reste exactement conforme aux précédents : les témoins reconnaissent leurs cachets et confirment leurs dires par serment : la scène se passe en justice, l'héritier présent ou dûment appelé.

IV

Révocation des actes à cause de mort.

La révocabilité est de l'essence du testament; on ne peut pas renoncer d'avance au droit de modifier un pareil

(1) *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 424, col. 1293. Insuper etiam cum aperta fuisse dicatur, herede absente et mortem testatoris penitus ignorante, nec ad ejusdem aperturam seu insinuationem vocato, nec etiam testes, sigillis recognitis, jurati deposuerint tempore aperture in forma jure civili tradita et prefixa ; præsertim cum nec apud tribunal regium insinuatio facta fuerit, apud quod de jure fuerat facienda.

(2) Adde *Speculum*, L. II. P. II, § 12, nº 9, p. 321. — *Videmus* du testament et du codicille d'Aczon de Meximieux (1286). — Coutumes de Saint-Gilles, Premièr Ley, *de testamentis publicandis* (Société Scientique et Littéraire d'Alais, 1872, p. 149).

acte (1). Il n'y aurait de difficulté qu'au cas où un serment aurait confirmé une renonciation de cette nature (2); nul au point de vue du droit civil, ce serment serait cependant valable devant Dieu et devant le tribunal ecclésiastique.

Le mécanisme de la révocation fonctionne très différemment selon qu'il s'agit d'un testament proprement dit ou de toute autre disposition de dernière volonté.

Le testament est gouverné par le jeu automatique des principes formalistes. Il consiste fondalement en une institution d'héritier exprimée selon des règles certaines : il est anéanti si les conditions matérielles dont la réunion lui donnait valeur viennent à disparaître (3), ou si une nouvelle institution d'héritier régulière remplace celle qu'il contenait (4); l'auteur n'a pas d'autre moyen d'en

(1) *Speculum*, L. II, P. II, § 12, nº 24. p. 324. Quid si testator dixit in testamento. quod si faceret secundum, non valeret. nunquid tollitur secundum ? Dic. quod sic. nisi dicat in secundo pœnituisse prioris voluntatis... Sed quid si in primo testamento dixit. quod non liceret ei pœnitere ? dic, quod nihilominus poterit pœnitere. si primidicti exprimat qualitatem... nam ambulatoria est testatoris voluntas.

(2) *Speculum*, L. II, P. II, § 12, nº 25. p. 324. Quid si quis juraverit non venire contra voluntatem suam, nunquid poterit contravenire, condendo aliud testamentum ? Et videtur ex præmissis, quod sic. non enim potest quis sibi legem imponere, a qua non liceat resilire... Vide tamen secundum Deum. et in foro ecclesiæ contra puto : nam omne juramentum servandum est. quod servari potest sine interitu salutis æternæ...

(3) *Olim*. arrêts de la Chandeleur 1274. nº 5 (éd. Beugnot, t. II, p. 55) : secundum formam testamenti predicti, quod testamentum apparebat. ut dicebat, non cancellatum, non abolitum. nec in aliqua sui parte viciatum, set in prima figura et sine omni suspicione existens. — *Adde* Consultation de 1251. *Histoire du Languedoc*. t. VIII, nº 424, col. 1292. Voir *supra*. p. 652. note 4.

(4) *Speculum*. L. II, P. II, § 12. nº 23, p. 324. Sed et considerandum est. an ultima voluntas ab initio non tenuerit : vel, an sit mutata per aliam posteriorem... Distingue tamen super hoc inter

supprimer les effets. En termes plus simples, la révocation d'un testament ne peut résulter que de l'un de ces deux faits : mutilation de la charte où il est écrit, confection d'un nouveau testament.

Le système cesse de fonctionner, et on échappe aux étreintes du formalisme, dès qu'il s'agit d'un codicille ou même d'une clause de testament autre que l'institution d'héritier : la volonté du disposant devient la règle suprême et unique (1). En conséquence, on exécute simultanément tous les codicilles laissés par lui (2), à moins qu'il n'en ait ordonné différemment (3), ou que ses actes successifs ne soient contraires les uns aux autres. Le développement de ces idées entraine un adoucissement sensible des règles relatives au testament lui-même. Guillaume Durant (4), après le Digeste (5) et les Institutes (6), en cite un exemple curieux. Soit un testament instituant

genera scripturarum : nam si utraque voluntas est testamentum, valet secundum, et non primum. — *Adde*, nº 27, p. 324 ; nº 31, p. 325.

(1) *Speculum*, L. II, P. II, § 12, nº 31, p. 325. Quid si prius fecit testamentum solenne, et postea aliud facere cœpit, sed morte præventus, non complevit ? Resp. primum non valet, quantum ad legata, et fideicommissa : quia sola voluntate potuit illa tollere : sed quantum ad institutionem, bene valet mero jure.

(2) *Speculum*. L. II, P. II, § 12, nº 35, p. 326. Cœterum si utraque scriptura est codicillus, possunt omnes valere, si sibi non sint contrariæ prorsus. potest enim quis plures codicillos facere : nec unus tollitur per alium, nisi sint contrarii.

(3) *Speculum*. L. II, P. II, § 15, nº 5, p. 361. Codicillus enim per alium codicillum, vel testamentum non rumpitur, nisi expresse, ut dixi : testamentum vero per aliud tollitur.

(4) *Speculum*, L II, P. II, § 12, nº 27, p. 325 : Quid si primum testamentum fuit generale, ut quia est in eo hæres institutus in omnibus bonis : secundum speciale, quia est hæres institutus in fundo ? Resp. rumpitur primum. sed hæres institutus in una re, tenetur restituere omnes res, præter fundum, primo hæredi.

(5) D. XXXVI, 1, fr. 30 (Marcien).

(6) Institutes, II, 17, § 3.

Primus héritier universel: un testament postérieur institue Secundus héritier *ex re certa*. En vertu de la logique du droit civil, le premier testament est révoqué; mais par interprétation de volonté, on fait revivre à titre de fidéicommis la libéralité qu'il contenait, et Secundus est tenu de restituer à Primus l'ensemble des choses héréditaires (1). Ainsi l'appareil testamentaire conserve en théorie la sévère régularité de son ordonnance antique; mais un réseau d'usages plus simples et plus commodes, grandis à côté de lui, le recouvre et en cache les arêtes tranchantes.

(1) Justinien, dans ses Institutes, exigeait que le second testament contînt une clause maintenant expressément le premier testament: mais Marcien ne parle pas de cette prescription: d'où une difficulté au point de vue de l'interprétation du droit romain (Cf. Girard, *l. c.*, 2e éd., p. 816, note 5). — Pour nous, il nous suffit de constater que Durant ne parle pas de la clause en question.

CHAPITRE IV

EXERCICE ET LIMITES DU DROIT DE TESTER

La réglementation du droit de tester présente au Midi le même caractère que les autres éléments de la constitution des actes à cause de mort. Les principes romains en forment la substance, et ils ont repris au XIIIe siècle une solidité que les âges précédents n'ont pas toujours connue ; mais il faut compter aussi avec les facteurs germaniques et chrétiens, qui ont produit et qui maintiennent certaines déformations des institutions antiques.

I

Incapacités.

Guillaume Durant détaille minutieusement la liste des personnes inhabiles à tester (1) : il énumère seize causes d'incapacité, sans compter celles qui restent douteuses, en justifiant chacune de ses affirmations par des textes romains et canoniques (2). Il est donc aisé de deviner qui

(1) Voir sur ce sujet : Esmein, *Cours de l'École des Hautes-Études*. — D'Espinay, *la Féodalité et le Droit civil*, p. 296 ; — Glasson, *l. c.*, t. VII, p. 545 ; — Viollet, *l. c.*, 2e éd., p. 865.

(2) *Speculum*, L. II, P. II, § 12, nos 1-6, p. 319 et 320.

figure à son memento. Ce sont : les impubères, c'est-à-dire les garçons mineurs de 14 ans et les filles mineures de 12 ans (1), les fous (2), les sourds-muets de naissance (3), les aveugles, à moins qu'ils ne recourent à des formes spéciales (4), les captifs de guerre (5), une série de condamnés (6), et particulièrement les hérétiques (7), les prodigues interdits (8), les personnes de statut incertain (9), les moines et chanoines réguliers (10), enfin les *servi* et les fils de famille.

Les *servi* dont il est ici question (11), ce sont les esclaves du droit romain, « qui sont réputés morts ». Durant leur oppose les serfs sous le nom de *adscriptitii* (12) : à ceux-là il accorde la faculté de tester ; mais

(1) N° 4 (7° de Durant).

(2) N° 4 (8° de Durant).

(3) N° 4 (10° de Durant).

(4) N° 5 (16° de Durant).

(5) N° 5 (12° et 15° de Durant).

(6) N° 4 (11° de Durant) : condamnés à la mort civile ou naturelle ; — n° 5 : certains bannis ; — n° 5 (13° de Durant) : condamnés pour crimes infâmes ; — n° 5 (14° de Durant) : condamnés pour haute trahison ou lèse-majesté.

(7) N° 2 (4° de Durant) ; — n° 5 : pour les excommuniés il y a controverse.

(8) N° 2 (3° de Durant) ; — n° 4 (9° de Durant).

(9) N° 2 (5° de Durant).

(10) N° 2 (2° de Durant).

(11) N° 1 (p. 319) : Potest autem testari, quicunque non prohibetur... Primo ergo oppone contra testamentum, quod testator prohibitus erat a jure testari : quod in multibus casibus contingit. Primo, si fuit servus... ipse enim nec seipsum, nec bona habet : imo pro mortuo reputatur. ... Quid de ascriptitio ? ... dic, quod possunt testari... Quod autem dixi adscriptitium testari posse, idem est etiam in colono.

(12) Sur le sens de *adscriptitii*, voir Du Cange, v° *ascriptitii*, éd. Henschel, t. I, p. 429. - *Adde* Statuta Petri de Ferrariis (Arles, 1304) : Giraud, *Histoire du Droit français*, t. II, p. 58 : nisi essent adscripticii seu servi vulgariter angarii. — Cf. Forcellini, v° *ascriptitius*, éd. De Vit., t. I, p. 416 ; — Freund et

ce droit doctrinal est modifié de bien des façons par la coutume locale : à Toulouse, par exemple, les « hommes de corps » disposent librement de leurs meubles, entre-vifs et à cause de mort : seulement le seigneur peut légitimement s'emparer des objets donnés ou légués tant que le bénéficiaire n'a pas été mis en possession par le disposant ou par justice (1), et son consentement est nécessaire à la perfection des dons ou legs immobiliers (2).

Quant aux fils de famille, l'auteur du *Speculum Juris* leur interdit de tester sur les biens adventices, alors même que celui dont ils les tiennent en aurait enlevé l'usufruit à leur père, parce que « la *testamenti factio* est d'ordre public » (3), et le consentement paternel serait impuis-

Theil, v° *ascripticius*, t. I, p. 243; — D'Espinay, *la Féodalité et le Droit civil*, p. 155.

(1) Coutume de Toulouse (1286), art. 147. (éd. Tardif, p. 173) : Noverint, etc... quod usus sive consuetudo est Tholose quod si homo de corpore facit testamentum, filiis suis vel nepotibus qui sibi in eadem succedant conditione non extantibus, si homo ille habeat bona, potest de mobilibus donare et tradere; si vero non tradat mobilia donata donatario, et decedat donator ante traditionem, et dominus illius donatoris occupet bona antequam legatarius vel donatarius adeptus fuerit possessionem legatorum vel donatorum auctoritate judicis, vel traditione facta per donatorem, ut dictum est, prevalet occupatio domini, et precluditur via petendi donatario vel legatario.

(2) Coutume de Toulouse (1286), art. 148 (éd. Tardif, p. 73) : Item de immobilibus, scilicet de casalagio et feudis que tenent a domino suo, et aliis libere possessis, non detentis a domino vel dominis feudorum, nihil potest homo de corpore sine assensu dicti domini ordinare sive facere inter vivos vel in ultima voluntate.

(3) *Speculum* L. II. P. II. § 12, n° 3, p. 319. Sed nunquid filiusfamilias potest testari in rebus adventitiis sibi ita relictis, ne ad patrem perveniat usufructus? Dicunt quidam, quod sic... Alii contra, et verius : quia testamenti factio est publici juris.

sant à les relever de cette incapacité (1). Le Sextus (2) indique que même les legs pieux leur sont interdits : mais il semble admettre la possibilité pour le père de compléter par son assentiment leur personnalité imparfaite : il est en tous cas entendu que les pécules castrense et quasi-castrense restent à leur entière discrétion.

II

Le disponible. — Limitations féodales.

Les indisponibilités qu'avait entraînées l'organisation primitive de la féodalité s'étaient peu à peu effacées : les tenures étaient devenues patrimoniales ; et au temps où nous sommes arrivés, les terres méridionales sont rendues à une circulation relativement libre. Guillaume Durant ne manque pas d'enregistrer ce résultat : l'homme d'un seigneur, étant libre, peut librement tester (3). Les documents locaux prouvent que cette assertion est très généralement exacte : nombre de chartes accordées par les

(1) *Speculum*. L. II. P. II, § 12, n° 4, p. 320 ; — § 14, n° 1, p. 357 : A. filius D. ejusdem patris suppositus potestati. quia lege prohibente. etiam patris jussu testari non potest, etc...

(2) Sextus, III, 12. c. 4. 2e phrase : Quamvis autem filiusfamilias absque patris assensu sibi possit libere eligere sepulturam : pro anima tamen sua præter ipsius assensum, nisi peculium castrense aut quasi castrense habeat. aliquid judicare non potest.

(3) *Speculum* II. § 12, n° 2, p. 319. — IV. 3, *de feudis*. § 2. n° 35, p. 310 : Decimonono quæritur. utrum homo meus possit de bonis suis testari. donare, et vendere ? Et videtur, quod sic : quia justum est unicuique sua committere... et liberum est cuilibet de suis contrahere... et testari... Sed dic, quod homo meus, cum sit liber, libere testari potest inter suos, et directe, et per fideicommissum.

seigneurs à leurs sujets reconnaissent formellement à ceux-ci le droit de tester (1). Sans doute quelques restrictions persistent çà et là ; à Montsaunès près de Saint-Gaudens, par exemple, les habitants, maîtres de disposer à leur gré de leurs meubles, ne peuvent disposer de leurs immeubles qu'au profit de personnes du même village (2). Il n'en est pas moins vrai que dans l'ensemble les principes romains triomphent : les barons sont les premiers à les utiliser pour répartir leurs terres entre leurs enfants, au mieux des intérêts du nom et de la race (3).

(1) Charte de coutume donnée par Raimond, comte de Toulouse, aux habitants de Montlanard (Quercy). (1246). *Layettes*. t. II, n° 3515, p. 616) Et que li testament et li ordein que faraus li home et las femmas del castel e de la honor razonablament sio tengut aissi co dreig o requer. — Statuts de Villefranche-de-Rouergue (1256). *Layettes*, t. III, n° 4255, p. 298. Item, testamenta, in extrema voluntate hominibus coram testibus ydoneis facta, roboris obtineant firmitatem. — Coutume de Montsaunès (Haute-Garonne), 1288, § 10. *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, p. 119. Item nous voulons et ordonnons que les habitants dudit village et de son territoire puissent tester en toute liberté et faire testament pour leurs choses et pour leurs biens selon le droit, et disposer comme ils l'entendront. — La charte des privilèges d'Aigues-Mortes (1246) prescrit de respecter même le testament des aubains. *Layettes*, t. II, n° 3522, p. 622 : Item, si quis peregrinus, vel mercator, vel quicunque alius extraneus ibi decesserit, si testatus fuerit, curia nostra testamentum faciat observari.

(2) Charte de Montsaunès (1288), § 11 *bis* (*Acad. de Législ. de Toulouse*, 1859, p. 119).

(3) Charta Hugonis de Lesigniaco et Isabellis uxoris ejus de partitione bonorum, post ipsorum decessum, inter liberos suos facienda (1242-43) *Layettes*, t. II, n° 3049, p. 498 — Testament de Hugues de Lusignan (1248). *Layettes*, t. III, n° 3705, p. 43. — Testament d'Elzéar, seigneur d'Uzès (1254) : *Histoire du Languedoc*, t. VIII, n° 440, col. 1329.

III

Le Disponible. — Limitations familiales.

La restriction la plus considérable à la liberté de tester résulte de l'obligation imposée aux disposants d'assurer quelque part de leurs biens à leurs très proches parents, et spécialement à leurs enfants : la légitime est au nombre des institutions romaines qui forment le droit commun de nos provinces du Midi (1). Mais c'est surtout en ces matières que des dissidences locales altèrent l'économie des règles antiques et qu'il faut s'enquérir avec soin des us et coutumes de chaque territoire (2); nous devons nous borner ici à reconnaître les courants directeurs qui entraînent les incertitudes de la pratique.

Une première particularité résulte de la situation des filles dotées. Nous avons remarqué en étudiant la période précédente, et nous devons répéter maintenant, qu'elles sont en général exclues de la succession de leurs parents;

(1) Voir sur l'admission au Midi du droit romain comme droit commun, la démonstration très complète de M. Jarriand, *l. c.*, p. 241 et sq.

(2) Statuts de Villefranche de Rouergue (1256). *Layettes*, t. III nº 4255, p. 298. Item, quicumque rem suam dare voluerit, donet, et talis donacio firma permaneat in futurum, hoc salvo quod liberis suis, *secundum usus et consuetudines terre*, recta porcio tribuatur, salvo insuper jure nostro et cujuslibet alterius in hoc casu. — Sentence des consuls de Toulouse relative au droit de succession (1246). Giraud, *l. c.*, t. II, p. 116 :... concedunt hoc ita esse et debere fieri de jure scripto, dicunt tamen quod in hoc est... consuetudo in hac civitate contraria que juri scripto prevalet et est potius observanda. — Testament de Philippe de Montfort (1271). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 534, col. 1694. Voir *supra*, p. 634, nº 10.

certains pays leur enlèvent même le droit à la légitime (1), tandis que d'autres au contraire leur laissent ce bénéfice considéré comme intangible et sacré (2). La République d'Avignon fit sous ce rapport une volte-face curieuse dans la seconde moitié du XIIIe siècle (3) : les statuts de 1243 refusent la légitime aux filles dotées (4), et en 1298 un règlement additionnel la leur suppose reconnue (5). C'est

(1) Coutume de Saint Gilles (1246), Premiere Ley. *De filia dotata* (Société scientifique et littéraire d'Alais. 1872. p. 155)... Ny non poyra agir ny demandar suppliment de legitima. — Cf. Coutume de Toulouse, art. 117 (éd. Tardif, p. 54).

(2) Statuts de Marseille (1255), L. II, ch. 53 (Méry et Guindon. *Histoire de Marseille*. t. III. p. 183) : Femina tradita in matrimonium si fuerit huc usque aut est vel erit deinceps dotata a patre vel a matre aut avo vel avia paternis vel maternis aut aliis quibuscumque ascendentibus non habeant postea ipsa vel ejus heredes potestatem petendi amplius in bonis illius ex predictis ascendentibus a quo et de cujus bonis maritata est vel fuit fueritve quam quod ipsa vel maritus ejus vel alius pro ea ab aliquo predictorum habeat aut habuit aut habebit in dotem vel habere potuit pro conventione dotis sibi vel pro ea facta... Salva semper in omnibus casibus supra dictis sua legitima et supplemento legitime porcionis predictis feminabus dotatis in bonis predictorum ascendentium si minus sua legitima a predictis dotantibus de bonis predictorum fuerat nomine dotis datum vel conventum.

(3) Voir Jarriand, *l. c.*, p. 264.

(4) Art. 57 (éd. de Maulde, p. 156).

(5) De Maulde, *Pièces annexes*, n° 28, p. 303. Item cum dicatur quod olim antiquius in civitate predicta tractatum fuerit, statutum et inviolabiliter observatum quod filie per patrem vel matrem dotate ad successionem ipsorum parentum, fratrum vel sororum earum, nisi sub certa forma in dicto statuto contenta, nullo unquam tempore venire deberent tandem patre vel matre vivente, filia mortua, filiis vel filiabus relictis, volunt filii vel filie avo suo vel avie succedere vel legitimam suam petere, in eo scilicet casu in quo mater ipsorum secundum formam predicti statuti petere vel habere nequiret : volumus et mandamus ut in liberis eorum qui felezeni et felezene censeri possunt in successionibus avi vel avie, materni et materne, idem observari facere debeatis, et velut eorum mater ex vigore dicti statuti expellebatur a successionibus

un signe de l'affaiblissement du sentiment féodal, qui ne défend plus les positions acquises avec l'âpreté d'autrefois contre l'esprit romaniste (1), plus égalitaire et plus humain.

Les provinces du Sud-Ouest ont accepté moins docilement la domination des lois de Justinien, et le droit de tester s'est organisé en ces régions d'après des systèmes très variés. Les dispositions édictées sur ce point par les coutumes de Toulouse et de Bordeaux jouissent d'une célébrité que justifient la précision des détails et l'originalité des principes.

A Toulouse, d'après les usages en vigueur au cours du XIIIe siècle (2), le père devait laisser à ses enfants légitimes une valeur au moins égale à 100 sous ou à 5 sous (3).

talibus, sic ipsi modis omnibus expellantur, dum tamen dos data eorum matri vel avie legitimam portionem attingant.

(1) J'admets après M. Jarriand (*l. c.*, p. 265, note 2), l'influence de l'*esprit* romaniste pour expliquer la reconnaissance du droit à la légitime au profit de tous les enfants, même dotés. Mais la *lettre* des textes romains aurait conduit à la solution contraire, étant donné qu'à Avignon les filles dotées n'étaient pas héritières ab intestat de leurs parents.

(2) Les coutumes de Toulouse ont été officiellement promulguées en 1286, après enquête sur place pour déterminer les usages locaux. Les articles issus de cette enquête, même ceux qui ne reçurent pas la sanction royale, expriment donc le droit appliqué au cours du XIIIe siècle. Cf. l'Introduction placée par M. Tardif en tête de son édition des coutumes.

(3) Art. 123c (éd. Tardif, p. 58). Item est usus sive consuetudo Tholose quod si aliquis habeat filium vel filiam ex uxore sua, et in ultima voluntate sua relinquat vel dimittat sibi usque ad quinque solidos Tholosan. vel amplius, vel valorem quinque solidorum Tolosanensium vel amplius, vel centum solidos Tolos. vel amplius, vel eidem placuit testatori jure institutionis vel aparciamenti pro sua voluntate facienda, et alium extraneum vel non extraneum instituat heredem sibi et in ceteris bonis suis, dicta filia vel filius non potest postea venire contra testamentum patris ratione sue legitime portionis, nec ipsum in aliquo oppugnare, nec habere egressum ad bona paterna nisi aliter a dicto patre relinqueretur eidem. — *Adde* art. 123d (p. 58).

Pour expliquer ce double minimum, on conjecture que le plus élevé se référait au capital et le plus bas aux revenus (1). On donnait à la mère l'absolue latitude de déshériter complètement ses enfants (2). C'était octroyer aux testateurs, et plus encore aux testatrices, une large liberté d'action.

La coutume de Bordeaux (3) procède de tendances opposées. Elle distingue selon la condition des personnes et la nature des biens. Le noble est tenu de transmettre ses baronies à son fils premier né (4): même s'il n'a que des filles, il doit attribuer à l'aînée une part plus forte qu'aux autres (5). Le père roturier a l'autorisation, mais non pas l'obligation, d'ordonner des libéralités préciputaires (6). Les mères à l'inverse n'ont jamais le droit d'avantager un de leurs enfants au détriment des autres (7). Le disposant qui ne se trouve en présence que de parents collatéraux doit laisser quelque chose à chacun de ses héritiers ab intestat, sous peine de nullité du testament; mais il peut réduire à son gré le montant de ces legs de rigueur (8). La coutume de Bordeaux reste donc profon-

(1) Glasson, *l. c.*, t. VII, p. 539.

(2) Art. 123 b. (éd. Tardif, p. 58). Mulieres vero matres vel alie non tenentur in testamento suo vel aliquem vel aliquam hereditare, vel ei seu eis aliquid legare nisi voluerint, et quamvis non fecerint, testamenta eorum obtinent roboris firmitatem.

(3) Les art. 14-205 du *Livre des Coutumes* se rapportent à la seconde moitié du XIII[e] siècle (éd. Barckhausen, *Introduction*, p. XXIX et sq.)

(4) Livre des Coutumes, art. 60 (éd. Barckhausen, p. 61).

(5) Art. 95 (p. 84).

(6) Art. 59 (p. 60): art. 182 (p. 141).

(7) Art. 106 (p. 89).

(8) Art. 59 (p. 60). *Cum pot hom leissar sos bens en testament qui aya valor.* Costuma es que, sy jo ey aucuns bentz qui me sian scadutz per succession de linatge, sy en testament leyssi totz aquetz bens a 1 d'aquetz qui deben succedir, no ac pusc far, ni la leysa no vau : mas, sy jo parti aquetz bens, et leyssi a l'un meys

démment empreinte du cachet féodal ; elle porte en même temps la trace d'une puissante solidarité familiale, qui enlace tout le lignage, et impose à ceux qu'unit le lien du sang des devoirs juridiques certains. On reconnaît à ces traits la marque des idées septentrionales, qui pénètrent au Sud-Ouest et président à la formation des usages gascons ou armagnacs.

La coutume de Lectoure en fournit peut-être l'exemple le plus décisif : elle ne permet de léguer que les trois quarts des propres, un quart restant réservé aux parents de la ligne d'où proviennent ces biens (1). C'est la consécration du principe de conservation des immeubles dans les familles ; on le met en œuvre d'après le même *processus* que dans les provinces du Nord, et l'abaissement seul du taux de la réserve indique le changement

que à l'autre, vau la partida. — art. 94 (p. 83). *De partisson feyta entre parentz collateraus.* Costuma es que, sy hom no a her de sin. mas que aya parens collateraus, ed pod partir los bens entre lor, et dar plus a l'un que a l'autre, mas que a cascun leysse aucuna causa : e, ssi n'leisse aucun a cuy no leisse arre, et aquet qui sere plus pres, de hun medis gran, sa ordinacion ni son testament no vau re ; et aquera oblidansa obra tant que totz los collateraus fey venir a la division cominau et eugau de totz loz bens. — art. 145 (p. 113). *Cum heretat torna en partensa.* Costuma es en Bordales que, sy aucuns homs qui aya plusors parentz queu deyan succedir, en son testament fey hereteys aucuns, et deus autres no fey punt de mencion, que aquetz de cuy fey mencion tornen en partenssa per euguaus porcion ab los qui no son mentagutz.

(1) Coutumes de Lectoure (1290). Histoire de la Gascogne, t. VI, p. 90. Item si alcus cioutadas de Laytora desana ses filh o ses filha que noy laysses de leial matrimoni no pot ordenar ni far testament ni codicilli ni per alcuna disposicio que fassa que no sia tengut de layssar dels bes que seran endeuenguts de son pay o de sa may o de calsque autres parents la quarta part al menhs als plus probdas parents ascendens o descendens o collateraus so es assaber dels bes no mobles e adaquels parents que seran daquera partida on lidit be seran benguts.

de climat et de milieu. Par contre, vers le Sud-Est, on maintient la liberté de tester dans les termes des compilations de Justinien; parfois même on la développe, comme à Uzès, où le testateur, quand il lui plaît, supprime la légitime de ses enfants (1). Ainsi, lorsqu'on s'avance des Alpes vers l'Océan, on passe par une gamme de sentiments et de concepts qui s'éloignent par degrés des postulats de la jurisprudence impériale. En Provence, en Languedoc, le droit romain forme la loi souveraine: et si par hasard on se permet d'y porter quelque atteinte, c'est pour accroître encore l'autonomie de l'individu. Plus loin, les altérations s'aggravent; la collectivité familiale prend corps et se fortifie; les traditions romaines, moins solidement enracinées, se défendent plus mollement contre la poussée des idées germaniques et françaises; au terme du voyage, on rejoint à l'Extrême-Ouest les mœurs et les institutions des pays de coutumes.

(1) Testament d'Elzéar, seigneur d'Uzès (1254). *Histoire du Languedoc*, t. VIII, nº 440, col. 1331. Et tam ipsam quam omnes alios liberos meos, quos heredes universales non institui, contentos esse volo de his, que reliqui eis vel relinquam in hoc testamento.

PARALLÈLE

Entre les Institutions septentrionales et méridionales.

A la fin du XIII[e] siècle, la doctrine a fait son œuvre au Midi comme au Nord, et les deux parties de notre pays nous offrent un type bien défini d'actes *mortis causa*.

Au Nord, l'exécution testamentaire est le *caput et fundamentum* du testament; elle supporte l'ensemble des dispositions pieuses, qui sont la raison d'être des déclarations de dernière volonté. Les clauses profanes n'apparaissent qu'au second plan, timidement, à l'ombre des clauses religieuses qui leur ouvrent discrètement l'accès de la coutume. Tout autres sont les conceptions du Midi : sans doute on connaît l'exécution testamentaire et les legs de charité; on accorde même une faveur bienveillante à ces chrétiennes pratiques; mais à côté s'étale un luxe prodigue de prescriptions purement laïques, dont le développement s'appuie sur l'institution d'héritier. Ainsi l'axe des testaments se déplace lorsqu'on passe du Nord au Midi : il quitte la sphère enthousiaste des aspirations ultraterrestres, pour se fixer dans l'ordre moins sublime des intérêts temporels; et ces oscillations morales ou sociales se symbolisent juridiquement dans l'alternative qui tour à tour condamne et exalte l'institution d'héritier.

Il n'est pas besoin d'un sens historique bien exercé pour découvrir les relations de ces phénomènes avec les sentiments profonds des peuples de notre sol. Partout ils sont chrétiens, quoique à des degrés différents de tiédeur ou de zèle; d'où l'habitude universelle, à l'heure suprême,

de libéralités méritoires pour le ciel, variables seulement en nombre et en valeur selon les lieux et les hommes. L'unicité de but détermine une identité de moyens que maintient l'uniformité de la jurisprudence canonique : les mourants confient le soin de leurs pieuses largesses à de fidèles amis, qui les représenteront parmi l'Église militante, pendant le temps nécessaire à leur assurer le bonheur éternel au sein de l'Église triomphante.

Mais dès qu'on passe outre à cette communauté de foi, qui ne va même pas sans quelques dissidences, l'antinomie éclate entre le Midi et le Nord. La société méridionale est saturée de principes romains. c'est-à-dire individualistes : la volonté du *paterfamilias* reste toute puissante, et pleinement maîtresse de ses propres arrêts ; elle s'exprime sans contrôle, libre de se ressaisir jusqu'au dernier instant, et par un règlement posthume dispose pour un avenir indéfini des destinées de la race. Il est vrai que les traditions romaines elles-mêmes, et dans plusieurs provinces les tendances indigènes ou féodales, fortifiées d'influences coutumières, tempèrent dans une certaine mesure l'absolutisme de cette souveraineté domestique. Mais l'impression dominante qui se dégage des documents méridionaux, c'est que le testament du chef de maison, régulièrement ordonné, forme la loi des générations futures, la charte constitutionnelle de la famille.

Les populations septentrionales au contraire demeurent attachées au souvenir toujours vivace du régime germanique, qui absorbe l'individu dans la famille. L'acte émané d'un seul éveille la défiance : on répugne aux volitions unilatérales, secrètes et solitaires, engourdies du vivant de leur auteur. actives seulement après sa mort. L'ardeur de la piété. les nécessités de la mort chrétienne, l'autorité des canonistes, ont pu faire échec à ces résistances, et imposer sur le terrain religieux le principe de

l'acte à cause de mort : il ne s'est pas encore acclimaté dans le domaine temporel; c'est à peine s'il y a chétivement pénétré, et les mourants s'en remettent à la coutume pour régler la transmission héréditaire des patrimoines. Souple, changeante, longtemps sans forme précise, cette coutume s'est modelée sur les besoins et les désirs de ceux qui la façonnaient en la pratiquant ; elle satisfait aux exigences d'une société féodale et française. Toutefois il n'est pas impossible qu'une famille, pour son propre usage, veuille en corriger l'application ; il faut par exemple concentrer plus énergiquement aux mains d'un aîné la richesse et la force d'une noble maison. En ce cas on recourt à des actes entre-vifs, irrévocables, signés de tout le lignage assemblé : ce sont les contrats de mariage qui modifient, quand il y a lieu, le système coutumier des successions.

CONCLUSION

Au début de cette étude, nous constations, dans la Gaule du VI[e] siècle, la superposition de trois éléments simples : la civilisation romaine, la barbarie germanique et la religion chrétienne. Ces trois facteurs de la vie sociale dominaient l'ensemble des institutions, et le régime des actes à cause de mort en particulier était soumis à leur influence exclusive. Au cours de notre travail, nous avons constamment suivi les manifestations de ces trois forces primordiales ; nous avons reconnu les principes qu'elles engendraient tour à tour alliés ou ennemis, nous en avons noté les succès et les revers de fortune. Que reste-t-il de ces énergies créatrices lorsque le XIII[e] siècle s'achève ? Que sont devenus dans la France de Louis IX les germes jetés sur le sol gaulois par les préfets des Césars, les soldats de Clovis, et les évêques de Jésus-Christ ?

La France est catholique, et Louis IX est saint. Le christianisme a pénétré les consciences, transformé les concepts et rénové le droit : tel est le fait immense, éblouissant, qui absorbe d'abord les regards et devant qui tout s'efface au premier coup d'œil. Appuyée sur des croyances qui saisissent le vif des esprits, la religion sanctifie les moments solennels de l'existence, et les actes rédigés en vue de la mort, inspirés par le repentir, la crainte ou l'amour de Dieu, subissent la direction des clercs, représentants de l'Église.

Cette puissance expansive du sentiment chrétien n'étouffe pas le développement des tendances d'un autre ordre, qui se disputent et se partagent la conduite temporelle des intelligences. Le Midi est romain d'instincts et de mœurs : sur ce sol imprégné d'effluves italiques, les institutions de la vieille métropole retrouvent une vigueur qui semblait épuisée : et rajeunies au contact de peuples régénérés, vivifiées d'une sève qui les amende sans les dénaturer, elles se préparent sous une forme assouplie à s'épanouir au sein du monde méridional pendant une lente série de siècles prolongés.

Plus complexe est l'aspect des provinces du Nord, de celles qui forment le centre et le cœur de la France. Ici, plus de survivance concrète et intacte d'usages respectés comme les produits d'une civilisation supérieure ; mais un droit original, harmonieux, issu de la vie populaire, un droit vraiment national, un droit français. Il est la résultante de multiples principes, combinés en une mosaïque merveilleusement nuancée et fondue, puis revêtue par le génie de la race d'une tonalité caractéristique. Dans cet assemblage hétérogène et unifié, une analyse attentive démêle l'importance essentielle de l'élément germanique. C'est lui qui assure à l'association familiale sa puissante cohésion ; lui qui provoque la formation des réserves coutumières ; lui qui retarde le développement des actes à cause de mort. Mais sur ce fond permanent, le travail spontané des ferments indigènes a fait lever une floraison de formes jusqu'alors insoupçonnées ; telle au premier rang l'exécution testamentaire. Peut-être quelques semences romaines ont-elles aidé l'effort de cette génération ; surtout le droit canon a glissé ses notions au sein de nos coutumes, et il continue d'étendre au dessus de leurs variations le joug facile et vénéré d'une domination régulatrice. Volontiers les historiens confondent les influences

romaines et canoniques : et sans doute le droit canon s'est assimilé le meilleur des institutions romaines, mais en en métamorphosant la technique et l'esprit. Au point de vue testamentaire, il anéantit le formalisme externe par la suppression de solennités encombrantes, comme il tue le formalisme interne par l'abrogation de l'institution d'héritier obligatoire. Ces changements sont logiques : ils procèdent de l'inspiration libérale, généreuse, enthousiaste, qu'ignoraient les jurisconsultes de Rome, mais qui depuis Jésus-Christ a passé dans les âmes et des âmes dans le droit. Elle circule comme un souffle pur et créateur à travers nos vieux usages juridiques : dociles à son action, d'ingénieux praticiens, en sauvegardant les intérêts légitimes de la famille, facilitent par des procédés de sécurité les chrétiennes aumônes que la piété commande : il semble que l'esprit évangélique s'incarne en nos coutumes du XIIIe siècle, et c'est vraiment une loi d'amour.

Mais l'évolution ne s'arrête pas longtemps à cette station lumineuse. Avec le XIVe siècle, le droit romain dans sa constitution païenne et sans les réformes canoniques, le droit romain apostasié, si j'ose dire, impose sa discipline à nos jurisconsultes. Les légistes parlent en maîtres ; on veut pour les testateurs une indépendance mieux garantie : on « protège » leur liberté, c'est-à-dire qu'on l'entrave : des incapacités plus nombreuses en contrarient l'activité : un formalisme restauré en comprime l'essor. On sent parmi les institutions testamentaires le contre-coup du mouvement formidable, qui, par secousses successives et toujours plus violentes, ébranle les nations occidentales : un mot l'exprime et l'explique : c'est l'effort douloureux de l'individualisme renaissant. Sa renaissance prépare, résume, consomme toutes les autres : et au terme de ces laborieux enfantements apparaît l'esprit moderne.

De cet esprit, je ne veux point parler :

Il a fait trop de bien pour en dire du mal...
Il a fait trop de mal pour en dire du bien.

Beaucoup de grandes et nobles choses ont été réalisées en son nom. Dieu me garde de jeter l'anathème aux progrès accomplis! Ce serait blasphémer le christianisme lui-même, dont la divine impulsion guide encore nos sociétés, fût-ce à leur insu, dans la voie du juste, du vrai et du bien. Mais que de ruines aussi se sont accumulées!..... Quand l'œil est las de les contempler, quand l'âme souffre d'y rêver, il est bon, il est doux, il est salutaire et réconfortant de revivre d'esprit et de cœur le passé lointain de notre France, nos origines et notre Moyen-Age: époques mal connues et trop souvent calomniées, où la foi était forte et les passions farouches, où l'ardeur indomptée de fougueuses natures engendrait les grands crimes suivis de grands repentirs, où parmi les horreurs de guerres sanguinaires fleurissait l'héroïsme des dévouements sublimes: ère de batailles, de prières et de pénitences, où l'on savait lutter, aimer et expier,

Où la vie était jeune, où la mort était sainte.

APPENDICE

Nous avons cru utile de réunir à la fin de ce travail un certain nombre d'actes concrets, — testaments au sens large, — dont le rapprochement résume les étapes successives par lesquelles a passé l'institution. Chacun des documents cités ci-dessous représente un des types juridiques en faveur à l'époque auquel il se rapporte, et la série dans son ensemble permet de suivre l'évolution à ses différents stades. C'est pour ainsi dire l'illustration du texte : ces copies de chartes authentiques sont à un ouvrage d'histoire du droit ce que seraient des reproductions de tableaux à un livre d'histoire de l'art; elles racontent en forme synthétique le développement qu'analyse la dissertation, et fournissent au lecteur des images expressives qui condensent le meilleur des résultats de l'œuvre.

I

Époque initiale.

Fondation des royaumes barbares.

N° 1. Testament de saint Césaire, évêque d'Arles.

(mort en 542)

Pardessus, *Diplomata*. n° 139. t. I, p. 104.

Testament selon le droit romain usité en Gaule au début du VIe siècle.

Pax Ecclesiæ Arelatensi. Cesarius episcopus presbyteris, diaconibus, sancte ac venerabili Cesarie abbatisse, quam Dominus per meam parvitatem in monasterio nostro preposuit, ac universe congregationi, quam ibi Dominus sua gratia collocaverit, in Domino eternam salutem. Cum ecclesiastica pietas consuetudinis sue rem faciat ordinabiliter, scilicet, quo peregrinis et destitutis opem largitionis impendat, quanto magis, cum opportunitas aut necessitas fuerit ut sanctis quibusque et Deum timentibus aliqua largiatur, amplius debet pia misericordie viscera dilatare. Et ideo juxta hanc epistolam, quam manus nostre subscriptione roboravimus, cuique diem et consulem subtus adjecimus, Deo dispensante, hoc testamentum meum condidi, vel manu propria subscripsi, atque jure pretorio, vel jure civili, et ad vicem codicillorum firmavi. Ego Cesarius peccator, cum debitum humane carnis reddidero, cunctum monasterium Arelatense S. Joannis quod ego condidi, sub potestate Arelatensis pontificis canonice sit, heredemque meum esse volo ac jubeo. Ceteri ceterevе exheredes sint. Totum quod

cuique aut per hoc testamentum meum dedero, legavero, darive jussero, ut detur fiat. Ceterum autem, Arelatensem episcopum coheredem meo monasterio relinquo, quosque liberos, quasque liberas esse jussero, liberi libereve sint omnes. Ego tamen, cum nihil de parentum bonis habuerim, non sine verecundia hoc testamentum meum presumere erubui. Illa tamen me sententia compulit, ut plerosque Salvatoris formidanda, que iniqui audituri sunt dicentem (ite in ignem eternum), pietatis affectu aliquid ecclesie mee contulisse. Et ne forte post obitum meum aliqui de parentibus meis, exceptis iis rebus quas illis pro eulogiis donaro, inquietare presumant. cui presum, ecclesiam, ideo hanc voluntatem meam tractare amplius desideravi, qua de parentibus meis. ne apud ipsum monasterium prefatum, vel pontificem Arelatensis Ecclesie, preter id quod illis dedero ac dederim, presumant requirere. Sancto et domino meo pontifici, qui mihi indigno digne successerit, licet omnia in sua potestate sint, tamen si lubet et dignum ducit, indumenta paschalia que mihi data sunt omnia, illi serviant, simul cum casula villosa, et tunica, vel galnape quod melius dimisero. Reliqua vero vestimenta mea, excepto birreto auriculari, mei tam clerici quam laici, cum gratia vel ordinatione domini episcopi, sibi. ipso jubente, imo donante, dividant. Ea vero que monasterio ante per donationem contuli, nunc affirmo; et si cui aliquid per epistolam, aut per pitacium, aut verbo, pietatis intuitu contuli, valere volo. Hoc etiam assuete precor, quatenus cellam quam bone memorie Augustus subdiaconus in atrio sancti Stephani euntibus parte dextrà habuit, provisoribus monasterii propter custodiam illorum firmam D. episcopus perpetuo dignetur jure concedere: ita ut eam sibi succedendam monasterii provisores habeant. Et hoc specialiter volo, et ita, domine episcope,

precor, sive provisorem ad monasterium, sive presbyterum ad basilicam sancte Marie nullum alium habeat congregatio sancta, nisi quem ipse elegerit vel ordinari petierit. Et licet de tua, D. episcope, pietate presumam, tamen ne forte contra monasterium nostrum aliquorum suggestiones importunas habeatis, adjuro vos per Patrem et Filium et Spiritum Sanctum, et per tremendum diem judicii, ne unquam apud vos prevaleat hostis antiquus, aut ancillas vestras constristari acquiescatis, aut aliquid illis auferri de iis rebus quas eis contulimus permittatis: quia Deo propitio, non sine discretione vel justitia, quibuscumque secularibus jure directo res Ecclesie vendidimus, nisi hoc tantum quod Ecclesie minus utile et infructuosum est: ut quod animabus sanctis et Deo vacantibus, cum sanctorum fratrum consensu vel subscriptione tribuimus, perpetuo illis jure permaneat. Et vos, domine filiole, per sanctam Trinitatem inseparabilem, et per Domini nostri Jesu-Christi adventum adjuro, ut pontifici, qui mihi indigno, ordinante Deo, digne successerit, omni affectu sicut per Dominum rogetis, ac pura mente diligatis, et per vestram inobedientiam ne contristetis. Confidimus enim de Dei misericordia, quod ita omnibus sacerdotibus, quam religiosis contractum est, casto amore impendant, ut nihil vobis, quod ad sustentandum corpusculum opus est, deesse permittant. Te iterum atque iterum, sancte pontifex, per gratiam divinam rogo, omnia et monasterium sanctarum virginum habeas in curam maximam commendata, et familiam illarum concedas provideri. Et si aliquis vobis sinistrum consilium dare voluerit, cum pietate respondere, quod res que cum consilio episcopi facta sunt aut acta sunt, quia nec auferri non solum non debent, sed omnino non possunt, et precipue quia et..... ipsi S. pape Urbicanis suis auctoritate, ut hoc de te sancto et domino meo pontifice credam. Nunquam enim apud te

tantum prevalere poterit tam iniqua suggestio, ut contra justam voluntatem qualiscumque autistitis per meum studium substantia a te multum profecerit. et prope duplicata sit. Additur et hoc, quod Deus misericors per parvitatem meam. etiam immunitate tributorum, tam juxta urbem et infra. quam etiam in suburbanis et villis ex maxima parte concessit. Agellum igitur Ancharianum, unde parvam particulam monasterio dedimus, multa servavimus. nam plus minus. centum aripennes vinee. et trecentorum modiorum campos..... reservavimus. et supradicto monasterio. centum modiatas de terra. quas ego plantavi, habeat vix triginta aripennos. Contulimus agellum Gallicinìacum,.... Neocleanum, vel agellum Gemellis cum stagnis et paludibus, cum omni jure et termino suo, et pastam in campo lapideo, vel si qua alia sunt, vel campum in Triphontio super viam munitam, vel reliqua quecumque sint. et agellum Ornedum et agellum Martiniatis, et silvam et agellum Missinianum, cum omnibus sibi pernitentibus, pascuis, paludibus, cum omni jure et termino suo, sancte tue ecclesie reservavimus, in stipendium earum. Unde te, sancte pontifex, adjuro, ut si Deus omnipotens per manus se timentium sancti matri Ecclesie et monasterio sanctarum virginum aliquid majus bonum dederit. tua sancta dilectio una ab altero non disjungat. Si vero (quod Deus non patiatur) congregatio ibi aut congregata non fuerit, aut forte postea (quod absit), cum congregata fuerit. esse desierit, ad matrem Ecclesiam revertantur. Hec quidem ego, ut timori meo satisfacerem. scripsi. Nam absit ut de tua, piissime pontifex. inscientia inculperis. quia (ut supra jam dixi) pietas divina concessit. ut per meam humilitatem munitas Ecclesie in tot capitibus daretur. ut quod monasterio cum fratrum consensu dedimus, per hanc voluntatem meam confirmo. Ancille nostre Cesarie quod ipsa fecit mantum

majorem. quem de gaunabe fecit, dari volo. Domno meo Leoni presbytero manutantum dari volo. Domino meo Cypriano episcopo mantum et cunctorum meliorem dari vol. Quidquid servo meo Braciano contulimus, per hoc testamentum meum confirmo. Agritia puella mea propria. libentissime monasterio sancte Cesarie serviat, et Veregariolas, quas illis vel parentibus eorum dedi, confirmo.

Omnes cubicularios meos tibi. domine episcope, coram Deo et angelis ejus commendo.

II

Époque Franke.

N° 2. Testament du diacre Adalgise ou Grimo, nepos de Dagobert Ier.

(634)

Mémoires de la Société philomathique de Verdun, t. III. 1846. p. 337.

Testament selon le droit romain usité dans le Regnum Francorum au VIIe *siècle.*

In nomine Patris et Filii, et Spiritus Sancti.

Exemplaria.

Sub die III Kal. Jan., anno XII gloriosi domni nostri Dagoberti regis, Ego Adalgyselus, qui et Grimo, licet peccator (1)..... Idcirco ego peccator Grimo, pro animæ meæ remedium et tantorum abluenda contagia peccatorum, inspirante Domino, devotione promptissima, per hujus deliberationis seriem, testamentum viro venerabili Erehenulfo diacono scribendum commisi.

Confero monasterii, sive Xenodocii vel pauperibus Longagionis, villam ubi ipse moram..... cum omnibus ad se pertinentibus, cum mancipiis, ædificiis, cum terris, campis, pratis, silvis, et omni jure suo.

Monasterio superius nominavi sanctæ domnæ Agathæ...

(1) Le texte contient ici plusieurs phrases, que la vétusté a rendues presque illisibles. Elles forment une espèce de préambule, où Adalgise s'avoue humblement coupable de beaucoup de péchés, dont il espère obtenir rémission en consacrant ses biens à de bonnes œuvres. *(Note du 1er éditeur.)*

villa quæ vocatur Nogaria, cum omni jure suo, omnibusque ad se pertinentibus, cum integra soliditate.

Monasterio Longagionensi et clericis, seu pauperibus... possidenda, promptissima animæ devotione, transfundo domus inexquisitas tam in Webrense, quam in Ardennense, sen Treverense, cum omni integritate monasterium... Longagionense possideat et defendat.

Porcionem meam de Madiaci, quod mihi legibus debetur, cum integra soliditate, cum mancipiis, ædificiis, vineis, campis, pratis, silvis et prato secto (1) super Caro et Hogregia... sanctæ domnæ Agathæ, seu congregatio Longagionensi in suo jure retineat. Porcionem meam quam in villa Belulfiaga habere videor dulcissimis nepotibus meis filiis Adoni habere volo.

Tamaltio porciones duas, cum mancipiis, domos, vel omni adjacentias suas monasterio Longagionensi habere debeat. Tertiam vero porcionem, basilica domni Petri ibidem (Tamaltio) constructa, cum molendino ibidem situm, cum vervicibus et vervicariis, vel quod jam ad præsens possidetur, ad integrum. Similiter porcionem meam in villa Fidinis, cum mancipiis, ædificiis, vel omni jure suo, basilica domni Petri Tamaltio sita, in suo jure valeat possidere.

Villa vero mea Marciaco, quantum porcio mea continet, vel legibus obvenire debet, cum domibus inexquisitis, cum mancipiis, ædificiis, campis, pratis, silvis, aquis aquarumve decursibus, cum omni superlectili, vel appenditiis et reditibus suis, vel quidquid in die mortis meæ in ipsa villa inventum fuerit, sacro-sanctæ ecclesiæ Virdunense in suo jure et dominationi recipiet, ab ipsa ecclesia perpetualiter in Dei nomine possidendum.

Similiter quid Callido possidere videor, basilica domni Petri Tamaltio in suo jure retineat.

(1) C'est-à-dire *sito* (remarque du 1er éditeur).

Casa in Treviris, quam a matriculis comparavi, ad ipsos matriculos revertatur.

Omnimodis volo, quantumcumque per tabulas vel per epistolas, seu quolibet titulo ingenuos dimisi... per epistolas meas ad loca sancta, vel merentibus personis contuli aut donavi, firma stabilitate permaneat.

Villam vero meam Unichi Monhiaga, sita in territorio Virdunensi, cum ædificiis, cum campis, pratis, pascuis, silvis, cum integra soliditate, omnibusque ad se pertinentibus, cum domibus inexquisitis, vel quidquid tempore mortis meæ in ipsa villa inventum fuerit, sacro-sanctæ ecclesiæ Virduuensi, quæ me strenuue de suis stipendiis enutrivit in suo jure et dominatione retineat. Molendinos meos IIII sitos super Crunam fluveolum, quos ad præsens Erp... molinarius tenet, vel qui tunc tempore molinarius fuerit, cum familia, in mea eleemosyna consistant; et pauperes illos quos in villa Marciaco institui nutriata gubernat.

Testamentum meum firmum et stabile haberi placuit, ut omnem facultatem meam, secundum quod præsens pagina loquitur, item villas, terras, pratis, silvis, mancipiis, ædificiis, aurum, argentum, species, ustensilia... et immobilia, tam in Quabrensi, quam in Ardenensi, seu Treverensi, quidquid post discessum meum inventum fuerit, ad integrum monasterium sanctæ domnæ Agathæ Longagionensi in suam recipiat protestatem... cum... (1) vaccariis, vervecibus, vervicariis, porcos, porcariis, ubicumque habeo, et hoc aliubi non est delegatum, sancto monasterio seu congregatio Longagionensi, quos mihi hæredes constitutui, in tuo jure et dominatione transfundo.

Villa vero Adtautinna, quantum portio mea continet,

(1) Le mot *cum* est une addition du 1er éditeur.

cum mancipiis, ædificiis, campis, pratis, silvis, aquis, aquarumve decursibus, cum domibus inexquisitis, vel omni jure suo... ad se pertinentibus, cum integra soliditate, basilica sancti domni Petri et domni Vitoni, oppidi Virdunensis, ubi leprosi resident, perpetuo jure percipiat possidendum, et ad ipsius actoribus perenniter.....

Vineas quantascumque super Mosellam habeo, de quibuslibet a tracto conquesitas, monasterio sanctæ Agathæ Longagionensi ut habeat, omnimodis volo.

Tu abba, qui tunc temporis fueris, pauperes XVI, quos in exsenodochio posui ad pascendum et fovendum, ut eos, sicut ego præsens alimonia et vestimentum vel reliqua dilectione gubernavi, ita tu et successores tui faciant; et, cum Deo... aliquis discesserit, alius in loco ponatur, ut ipse numerus semper fiat adimpletus : et ipse quos ego de ipsa præbenda pavi, dum advivent de ipso cellario consuetudinario... domnæ... Longagionens.

Ut quamdiu Bauto, presbyter Treverensis, vixerit, C modios tritici, porcos X, formas casei XC, dare studeas.

Vos vero, parentes mei et propinqui... quod vobis per præsentem paginam delegavi.

Locum vero cognominante domo et castrum Teufègio, sectum (1) in Vogaso, ubi, pro Dei reverentia, loca sanctorum ædifi..., petentes vos direx... clericis qui ibidem deservire videntur, cum omni integritate sua, sicut a me præsenti tempore possidetur, cum campis, pratis, silvis et mancipiis, cum omni jure suo, cum appendiciis, villares, seu reditibus, cum domibus inexquisitis, vel quidquid mortis temporis meæ in ipsa loca inventum fuerit, omnia et ex omnibus... in ipsa ecclesia Virdunensi feci continet,

(1) C'est-à-dire *situm*.

in suo jure ac dominatione retineat, ab ipsius ecclesiæ actores, in Dei nomine, possidendum.

Quarta vero portio de villa Fatiliago, cum integ..., ipsa quarta portio, cum mancipiis, ædificiis, campis, pratis, silvis, pascuis, aquis, aquarumve decursibus, omnibusque ad se pertinentibus, leprosi Metenses in eorum recipiant postestatem.

Alia vero quarta portio nepoti meo Bobone duci vendere coeperam, et ex hoc mihi adhuc sexcentos redebit solidos : et ipsos solidos matricolas domni Martini Turonis, ubi in corpore requiescit, delegaveram. Sicut habet humana fragiltas, antea de hoc saeculo discessero, ipsosque DC solidos actores basilicæ domni Martini Turonis recipiat, aut certe de ipsa villa, hoc est quarta portio, omnia et ex omnibus in eorum recipiant potestatem.

Villam in Tongrinense territorio sita, nomine Hedismalacha, portionem meam, quam mihi legibus obvenit, cum integra soliditate, sicut a me præsenti tempore possidetur, leprosi Trajectenses ad suam recipiant potestatem.

Villa vero mea Chambo, super Orto fluviolo, quantum portio mea continet, ad integrum omnia et ex omnibus matriculi Choinse ecclesiæ in integro possideant.

Testamentum præsens eloquitur in eo modo : quidquid insertum est, omnimodis adimpletur.

Vineas ad Lesuram, quas de basilica sancti domni Maximini Treverensis sub usufructuario possedi, nec non et domni Iorgii in Amanio constructa, ubi amita mea requiescit, exinde similiter sub usu vineas possedi ; post transitum vero meum ad basilicas ipsas revertantur.

Portionem meam in Bastoneco, hoc medietatem, ad basilicam domni Maximini Treveris, ubi in corpore requiescit, et vacariis duos, cum gregibus, in ipso Bastoneco commanentes, cum familia et peculiare eorum dare decernor.

Villa Hogregia. quam germana mea Ermegundis. quondam dyacona. pro animæ suæ remedium ecclesiæ Virdunensi dedit, et ego ipse sub usufructuario per precatoria possedi. cum integra soliditate. omnibusque ad se pertinentibus. cum idem quod ibidem augmentare vel laborare potuero. omnia et ex omnibus. post decessum meum. ad sæpe dicta ecclesia Virdunensis revertat.

Si quis literas. aut caraxaturæ adjectionis. in hanc deliberationem meam inventi fuerint. ego feci fieri. quæ præsens volui. dum sæpius deliberatione mea recurro. vel ad meam dirigo voluntatem.

Si quis contra hanc voluntatem meam et deliberationem venire attemptaverit. vel contrarius extiterit. tam de parentes. seu quælibet apposita persona. Deum habeat contrarium. et inferat fisci juribus auri libras X. argenti pondera L. Nihilominus deliberatio mea firma stabilitate permaneat. Quam vero deliberationem meam manu propria subterscripsi et venerabilium virorum. seu magnificorum scribendum rogavi.

Vobis supplico. conjuro. principes et potestates. per Patrem. et Filium. et Spiritum-Sanctum ut præsentem voluntatem et deliberationem meam. a quacumquelibet persona non permittatis convelli. aut infringere..... mutare.

Actum Virdunum. in Dei nomine.

Et adhuc mihi convenit scribendum si. pro eo quod ab episcopo Treverensi ipsa loca sancta. in prædicto loco Doma aut Teleio. me petente. [illegible] sunt. in... forsitan exinde aliquo censo ex suprascripta ecclesia Virdunensi requirere deliberat. aliud. nisi tantum ad baptizandum chrisma ab episcopo Treverensi un...re [illegible] exenium. hoc est XXXI in auro. pro ipsa chrisma ad ipsam ecclesiam Treverensem. annis singulis dissolvat. In reliquo vero. nullus exinde ausus... nisi ubi [illegible] sanctæ

ecclesiae Virdunensi. Et reliqua intentione facta, episcopus Treverensis, aut actoris sui contra ecclesiam Virdunensem, de ipsa loca superius... aut contrarii extiterint, quantumcumque ad Treverensem ecclesiam, vel titulum deputavi, Virdunensis ecclesia hoc in sua recipiat potestate, vel dom... Nihilominus jam dicta loca Doma, vel Taulegius, cum omni integritate vel soliditatem, ecclesia Virdunensis, ut superius dictum est, Christo propitio, valeat possidere.

Grimo, peccator, hoc testamentum meum, quem spontanea... devotione condedi, relegi et subscripsi.

In XPI nomine, Paulus, gratia Dei episcopus, rogitus et sup.. hoc testamentum

Ego Gisloaldus, archidiaconus, rogante Grimone diacono, hoc testamentum

Hadericus, presbyter, qui et Bestilo, rogante Grimone diacono, hoc testamentum

Ego Meroaldus, diaconus, rogante Grimone diacono, hoc testamentum.

Magnoaldus. Ansemundus.

Ego Erenulfus, diaconus, rogante Grimone diacono, hoc testamentum

SCRIPSI ET SUBSCRIPSI.

N° 3. Disposition intuitu mortis de Fulrad, abbé de Saint-Denis.
(777)

Tardif. *Cartons des rois*, n° 78. p. 61.

Donation universelle sous réserve d'une POTESTAS *viagère.*

Donatio Fulradi abbatis de omnibus rebus suis.

Terminum vitæ pertimesco, quando de hunc sæculum ero migraturus. ut aliquid de peccatis meis per confessionem et largitatem de proprias pecunias meas, que ad ecclesiarum et ad loca sanctorum beatorum martirum Dionisio, Rustico, et Eleutherio, ubi ipsi domni corpore requiescunt, in loco qui dicitur Cadolaco, ubi plurima servorum Dei turma laudes Christi die noctuque adesse videntur, ut in ælimonia eorum et susceptionem hospidum, vel in ælimosina senodicorum pauperum, viduarum. orfanorum. et in lumen ecclesiarum conferre debeam, ut Dominus per suam misericordiam et intercessionem sanctorum, et orationes pauperum, mihi in pace et misericordia debeat recipere, qualiter portionem merear habere in vita beatorum. Ego Fulradus hacsi indignus sacerdos vocatus, filius Riculfo et Ermengarde condam, dono donatumque in perpetuum omnes res proprietatis meæ, quicquid de successionem parentum meorum mihi obvenit, vel de dationibus regum seu de conparato vel commutationis et traditionis, quantumcumque mihi et germano meo Gaustberto traditum fuit, et quicquid ipse germanus meus Gaustbertus mihi tradidit, et villas denominatas, quæ Theudericus mihi tradidit: id sunt : Blithario-villa cum apendiciis suis ; Auricas. Machera, cum apendiciis

earum ; Gamundiis cum apendiciis suis ; similiter quantumcumque Haribertus in ipsa loca habuit : et Cocalingas et Villare, quæ Ermenlindis mihi tradidit ; similiter Sechingas, Faginulvineas, cum integritate : similiter Fredishaim : similiter Hundinishaim et Mauchinhaim et Benisthaim, que Chrodhardus mihi tradidit, cum apendiciis earum : similiter villas et loca quæ Wido mihi tradidit. Gairmari. Audaldo-villare. Radberto-villare. Grutsinhaim. Ansulsishaim. Scaferishaim. et reliquas res per loca diversa, tam in Alisacius quamque in Mordinnavia, quæ mihi Wido tradidit, et per mea prestaria modo usufructuario aliquas habet. Walthario-villare. Tornugo-villare, Victornigas. Adaimarcia-villa, Hagnaldo-villare. Warnugo-curte. Filitione-curte. Sieramno-curte. quantumcumque in Alisacius et Mordenavia et Brisegavia, quicquid mihi traditum fuit et datum per strumenta cartarum. Similiter in Saloninse et Scarponinse, et Calmontinse, et Blesinse, et Rosalinse, quicquid in ipsos pagos visus sum habere, tam terris, mansis, campis, pratis, silvis, vineis, cultis et incultis, aquis aquarumve decursibus, mancipiis, servis, ancillis, litis, undecumque moderno tempore vestitus sum, totum et ad integrum, gregis cum pastoribus, et omne subpellectile, ad partes Sancti Dyonisii, a die presente, pro anime meæ et genitore meo Riculfo, et genetrice mea Ermengarde, et germano meo Gaustberto et Bonefacio, et sorore mea Waldradane, et pro genelogia mea : ut per intercessione sancti Dyonisii, cum sociis suis, mereamur adæpisci vitam æternam. Similiter Salona, ubi edificavi ecclesia in honore sanctæ Mariæ, ubi requiescunt sanctus Privatus martyr, sanctus Ilarus confessor, quicquid ibidem datum fuit de conlata populi, et ipse populus mihi tradidit, omnia et ex omnibus, sicut per testamentum meum jam confirmavi, a partibus sancti Dionisii ipsa cella debeat aspicere, tam illas commuta-

tiones, que cum Angalramno episcopo feci, quamque et reliquas commutationes; similiter alia cella que dicitur Audaldovillare, ubi sanctus Ipolitus requiescit; et tercia cella infra vasta Vosgo edificavi, ubi sanctus Cocovatus requiescit. super fluvium Laima, quæ dicitur Fulradocella; similiter quarta cella infra Alamania, quæ dicitur Aribertingas, ubi sanctus Veranus requiescit; similiter quinta cella, quæ Adalungus mihi tradidit, quæ dicitur Adalungo-cella, ubi sanctus Jorgius requiescit; similiter sexta cella, ubi sanctus Vitalis requiescit. super fluvium Neccra. quæ Hafti mihi tradidit. Quantumcumque ad ipsas cellas aspicere videntur. et conlata populi ibidem delegavit, tam terris, mansis, campis, pratis, silvis, pascuis. aquis aquarumve decursibus, vineis, farinariis, gregis cum pastoribus, servis, ancillas. litis, aurum, argentum, codices. eramen. ornamenta ecclesiarum, patellas ad salo faciendum, in vico Bodatio seu Marsallo, una cum sessis eorum. sicut dixi, et omne subpellectile, quantumcumque ad ipsas cellas repertum fuerit, totum et ad integrum. a die presente. ad partes sancti Dionisii delegavi. Et dum ego vixero, ipsas res in mea potestate habere debeam; post meum quoque discessum, absqueullius judicis contradictione, a partibus Sancti Dionisii debeant revertere, et nullus heredisque meorum potestatem habeant contra hanc traditione mea agere; et si conaverit, inferat, una cum sociante fisco, auro libras. L., argento pondua centum coactus exsolvat, et, quod repetit, evindicare non valeat, cum stipulatione subnexa.

Actum publice Haristalio, anno nono et quarto regnante Carolo, gloriosissimo rege Francorum et Langobardorum, adque patrius Romanorum.

Ego Folradus capalanus subscripsi. In Dei nomine Maginarius consensi et subscripsi. Haimardus consensi et subscripsi. Signum + Teudrico. Signum + Vulfardo. Sig-

num + Baldulfo. Signum + Folrado. Signum + Teudulfo. Signum + Hadtritto. Signum + Chrodone. Signum + Hartgero. Signum + Hildrado. Signum + Gislamaro. Signum + Hainrico. Signum + Arihardo comite. Signum + Erleberto. Signum + Hildrado comite. Signum + Anselmo comite palatii. Signum + Riegavio. Signum + Gundacero.

Anno nono et quarto regnante domno Carolo, gloriosissimo rege Francorum et Langobardorum, ac patricio Romanorum. Actum publice Haristalio.

Ego Adarulfus rogitus et ordinatus a domno Fulrado scripsi et subscripsi.

N° 4. Disposition intuitu mortis du comte Eccard.

(*Circa* 840)

Pérard, p. 25, n° V. — Thévenin, *Textes*, n° 76, p. 100.

Instructions détaillées aux exécuteurs testamentaires, à qui le disposant a conféré un droit réel sur ses biens, en leur recommandant son aumône.

In Christi nomine, ego Heccardus cogitans humanum casum fragilitatis meae, ideo mihi visum fuit, ut res meas quas haereditavi et adquisivi, cum omni substantia, ut pro salute animae meae, et genitoris mei Hildebranni, seu genitrice mea Dunnana, germanoque meo Theodorico, necnon et uxoribus Albegundis et Richildis, ut in manibus viris istis mea eleemosina commendassem, quod ita et feci. Id est dominus Leutboldus, Engelboldus, Vuinetarius, Luaidinus, Otgarius, Betillo, Vulgis, Adelingo, Ildebodo, Eriberto, Dudino, Eribrando, Arlefredo, presbiteros, et Nivelango, atque Theoderico germano suo, ut sicut per instrumenta kartarum vobis tradidi, et per quadium et andelangum, seu per istos breves commemoratum habeo. Ex quibus unum mecum retinui, et alium Adanae germanae meae Afrano monasterio commendatum habeo, uno tenore conscriptos, ut ita disponatis sicut in ipsis insertum est, pro salute animas nostras, ita agite, sicut ante tribunal Christi reddituri sitis rationem. Et qui vos de ista contradixerit, si se non correxerit, sit reus in conspectu Dei et omnium Sanctorum eius, et ita iram Dei incurrat, sicut fecere Dathan et Abiron, et Annanias, et Saphira qui mentiti fuere donum Spiritus Sancti. Sed (1) vero peto

(1) Correction proposée par M. Esmein ; le manuscrit porte *nec*.

karitati vestræ, ut istiusmodi nostram consumpstantiam dispensetis, ea vero ratione, si Deus nobis filium aut filiam interim non dederit. In primis donate Deo, et sanctæ Mariæ, et sancto Benedicto, et Floriaco monasterio, quod est situm super fluvium Ligeris, villam quæ vocatur Patriciacus. in pago Augustudunense, super fluvium Vuldragam. cum Ecclesia in honore Sancti Petri. cum servis et ancillis utriusque sexus. cum omnibus appendiciis suis. et quicquid dominus Ludovicus Imperator benignissimus mihi per suum præceptum dedit, ad iamdicta villa, cum omni integritate. præter Balgiaco, quod volo ut donetis à sancto Andochio puellare ad lumen. quicquid ibi Leutboldus habuit in beneficio, donate à Solmeriaco quicquid ibi aspicit, et Vuinetarius ibi in beneficio habet, in Matisconense. Gerberganc nepta mea. et donet pro nos solidos trecentos. Donate et Satiniaco illo alodo, Johanne aut filio eius Johanne, et donet pro nos solidos centum, donante illo Auirliaco. et Abelmonte et Accolonias a sancta Maria et sancti Benedicti. Et ista omnia quæ ibi donamus, sint ad vestimenta fratrum, et inde sit noster anniversarius factus per singulos annos, tam meus quam et illorum quos superius commemoravi, et nemo iam dictam villam, cum alias res. ad alium opus mittat, nisi ad ista perficiendum. Quod si facere præsumpserit, sit reus in conspectu Dei et omnium sanctorum eius, donec ad ipsum opus ipsas res revocet. Donate illo alaudo Ancrovilla. cum Ecclesia in honore sancti Petri et Lugilvilla. cum servis et ancillis utriusque sexus, et omni integritate, vel propter quod Theotberganae pro precaria donavimus, Otgario, et donet pro nos solidos centum, illo prato Aspiriaco cum hospitio sit apendicius Atriuciaco, illo Aualilias donate Theoderico et Richardo filio eius, et donent pro nos solidos centum. Donate illo alodo Acanavo, et Dealena fontana ad illa Ecclesia Asiniaco. quæ est in

honore Sancti Benedicti et aliorum sanctorum, et ibi de nostro indominicato annona et decima veniat, et noster anniversarius de iam dicto sit factus per annos singulos, et illum nemo abstrahere præsumat : quod si fecerit, sit reus in conspectu Dei et omnium Sanctorum eius, donec ad ipsum opus illum remittat. Donate illo Abezzono, Basilica quæ dicitur Alba, Deo et sancta Maria, et sancti Stepani et sanctæ Faranæ, et illo in barris qui vocatur Corcella, et Amalberga, et Amaisnito, et Alanido, et Tannedello, et duo mansa in longa villa, ad ipsum locum Afarane monasterio, et ex ipso sit anniversarius meus, et Albegundi, et Adame, atque Bertradane Abbatissæ, factus per annos singulos, et qui ipsum monasterium præsse videtur, si ita neglexerit, sit rea in conspectu et ipsis Sanctis, donec hoc celeriter emendet. Donate illo alodo Amellido et Alanatus, et Aratlenidas, et Afornillos et Avernodo Bernardo filio Malquino, et donet pro nos solidos ducentos, et de isto precio quod superius commemoratum habeo. Donate per pauperes seu amicos nostros, tam ad nobiliores quam ad servientes : et precor, pro Dei amore, ubicumque mortuus fuero, et a sancto Benedicto me sepelire faciatis : et si talis tempus est ut pro impedimentum esse non possit, tamen quando opportunum tempus evenerit, mea ossa ibi deportare faciatis, et qui meam fossam foderint, dimidiam libram illis donate. A sancto Martino a Turonis libras tres, et de nostra Capella dono Richildi crucem auream, cum lignum Domini, uno altario maiore parato, una buxta iburnea, quæ non est sculpta, uno calice argenteo minore, uno palio defundato, uno drapno, cum sirico, uno linteo, casulas duas, una persa, alia virida, albas duas, subcinctas duas, stolas duas, manipulas duas, corporales duas, ampullam, cum patenea argentea, uno fanono viridi, cum brusdo, uno degliso, uno estuno, cum sirico ammistrare, turibulum

minore, scilla, candellabro aureo uno, Missale plenario, cum Evangeliis et Epistolis, unum textum minorem. unum dispositum super Evangelium maiorem, Antiphonarias. volumina duo, batrino ad luminaria, drapo plumato a forma, uno tapeto, uno cedello, ad aqua benedicto duo. Donate illo balteo maiore, quia de suis gemmis maxime est factus. et illo sigillo de amatixo. ubi aquila seculpta est. et quicquid de gemmis habemus. et gangana sirica. cum spondale et tapete uno. et burrene meliore uno. cum fasciunculo. una furcella argentea. cum pusilares duos, et illo balteo minore cum gemmis. et fialas argenteas duas. aliquid de auro qui remansit fracto. et aliquid de patras quæ ad ipsum opus habemus, faciat Richildis cruce asiriaco, et illas res quæ superius delegatas habeo, habeat Richildis in usum quandiu advixerit. postea revertantur ad ipsos superius denominatos, quia sic traditiones ei factas habeo. A sancti Petri et sancti Pauli libello uno. a sancto Martino Atrusiaco, cruce argentea minore, cum lignum Domini, et reliquis, et de clauvum unde Dominus crucifixus fuit, bursa, cum brusdano et simiama drape plumato super luitrino, una buxta eburnea minore, et libro pastorale uno, canones scarsus quaternio uno, Gerbrardo, et epondenale libello de arte militari, et parto : Gunbaldo, et anapos corneos minores duos : Vallane episcopo, libello Isodora, et alio de vita sancti Gregorii. et sancti Laurentii : Raganfrido episcopo, pronosticorum libros duo, et alio de agricultura, et anapos corneos meliores duos : Enschise Archiepiscopo, tapete meliore uno. gesta Longobardorum libro uno, et chronica quem Gregorius Turonensis fecit libro duo, et fialas argenteas duas : Vualtario episcopo, pacto Romano libro, et anapo corneo maiore, cum illo de masaro : Adanæ germanæ meæ. succincta aurea, et sigillo de amatixto, ubi homo est sculpetus, qui leonem interficit, et psalterio

minore, et libello cum orationibus et Psalmis. Et Erefona Odovico donate illo buxte imparato, et libella de Maria Egyptiaca, et sigillo dionitino : Bertrudanae Abbatissae, Evangelio theudisco, et vita sancti Antonii, et sigillo de berillo, ubi serpens sculptus est, bibliotheca sancta Maria, et sancti Benedicti ad illa Ecclesia a Sanacio, et isto pretio quæ superius commemoratum habeo, donate solidos ducentos Aroma, ut in auro, aut in argento sancti Petri in elemosina Albegundi pro Rocho suo quæ ibi donare rogavi, et ego in peccatis meis in mea necessitate provinta donavi, et illas qui pro alaudo quem eis denominatum habeo, solvere debent, infra unum spatium omnino transolvere faciatis, non amplius retardent. Theoderico aut Richardo filio meo donate spada spangisil, et sicusios duos : Terico filio Nivelungo, spada indica, et sigusios duos, et tabulas sarracinistas : Ademaro fratre suo, speudo uno, et cano, et seugios duos : Heccardo filio Heccardi, tabulas corneas, et pacto salero, et sigulos duos, et sparvario uno : Teutbergane uxore Lotharii, pusilares argentas duas, cuppa una, et anapellos de marmora duos, et medicinale libro uno : Otgario, caballo uno, cum sella meliora et sugios quatuor : Etdardo, braucale unum, et bracharia aurea una, et pellicia meliora : Fulcoino, caballo et tapete uno : Pedilono, caballo uno cum sella : Vuernegario, caballo uno : Eriberto, scuto cum lancea, caballa : Gautberto, scuto cum lancea et caballo uno. Seniore nostro donate falcones duos, et suegios duos : Rotardo donate mea bruma cum alsbergo. Et omnia quæ remanent, tam mobile quam immobile, dispensate per pauperes, et cui debitum, aut minus factum habemus, casuvula vermicula, et istos libros, qui fuerunt germanici mei Bernardi, id est Canones pœnitentiales, liber Ambrosii de misteriis, calice vitreo de saphiro. Donate Asuinaro, pro suo eleemosina et planata castanea, ibi do-

nate, et libros qui sunt sancti Benedicti de Floriaco monasterio, in illa utica parvula. Asuiniaco in secretario, ubi sista est. unde breves habeo in scrinio longobardisco, ad ipsum locum habere faciatis. et quod mea insipientia non memoravit, res curare studeatis; ut pro salute animas nostras perveniat. quia non omnia possumus omnes. Et anapo vitreo qui fuit Bernardo. Bertradane in sua eleemosina. et illo manso Acarlista de alaudo. cum vinea et omnia — *Desunt reliqua.*

III

Époque féodale.

N° 5. Disposition in articulo mortis d'une femme nommée Oddilina

(1027)

Pérard. p. 177.

Donation pro anima ordonnée par une mourante et consommée par ses fils après son décès.

Oddilina dat monachis Sarmatientibus mansum in villa Moncellis. anno MXXVII.

Sciat posteritas præsentis ævi et futuri, quod ego Oddilina, veniens ad extrema, cogitans etiam districtum Dei judicium, donavi ad locum beatæ Dei Genitricis Mariæ, sanctique Benigni, quod constructum est prope castrum Sarmaliæ, mansum unum in villa Moncellis, cum terris et pratis. Dedi autem hoc pro anima mea, vel sepultura mea. Postea autem venientes ad supradictum locum cum corpore eius filii, firmaverunt donationem. Et ut donatio ista firma permaneret, cartam istam fieri rogaverunt. S. Notgerii. S. Attonis. S. Leselini. S. Emmæ. S..... S. Humberti advocati. S. Ermentrudæ. S. Hilenandi. S. Eselinæ uxoris Alberti. S. Hugonis. S. Oddilinæ. S. Brunonis Archipresbyteri. S. Tetbaldi de Varriaco, qui filiam supradictæ defunctæ feminæ habuit. S. Arlebaldi. S. Gundelini. Acta sunt hæc apud Sarmasiæ castrum, anno ab Incarnatione Domini M.XXVII. indictione X. regnante Rotberto Francorum rege.

N° 6. Exécution des dispositions in articulo mortis d'un prêtre nommé Arnulfe.

(937)

Cartulaire de Cluny, n° 472, t. I, p. 458.

Donation pro anima ordonnée par un mourant et réalisée par ses eleemosynarii.

Charta qua Rainerius et Rotlannus, eleemosynarii Arnulfi presbyteri, et per jussionem ejus, tertiam partem vineæ in villa Liurnaco Monasterio Cluniacensi dant.

Sacrosancto ac exorabili loco in honore Dei ac beatorum apostolorum Petri et Pauli consecrato, in comitatu Matisconense sito, cui preest domnus Odo, venerabilis abba. Nos igitur, in Dei nomine, Rainerius, Sancti Vincentii canonicus, et Rotlannus, elemosinarii Arnulfi presbiteri, per jussionem ejusdem Arnulfi, donamus ad prefatum locum aliquid de rebus ejusdem sacerdotis, hoc est illam partem terciam de vinea quam Rannulfus illi moriens derelinquit. Est vero ipsa vinea sita in pago Matisconense, in villa Liurnaco, in agro Argiaco; totam terciam ipsam partem pro remedio anime ejus, vel suorum parentum, donamus a die presenti et deinceps, donatumque concedimus in perpetuum, ut omni tempore rectores vel cohabitatores prefati loci teneant, possideant faciantque quicquid elegerint. Si quis vero, quod futurum esse non credimus, nos ipsi (quod absit!), aut ullus de heredibus ejus vel nostris, sive ulla intromissa persona, aliquam calumpniam generare vel inferre presumpserit, primitus iram Dei omnipotentis et offensam apostolorum incurrat, parsque ejus fiat cum Juda, traditore Domini, et cum Datan et Abiron, quos terra vivos absorbuit, a liminibus quoque

aecclesiarum extraneus habeatur; haec vero donationis carta a nobis libentissime facta et corroborata. semper firma et stabilis permaneat, stipulatione subnixa. S. Rainerii et Rotlanni, qui hanc donationem fieri et firmare rogaverunt. S. Edricii. S. Dominici. S. Teuduini. S. Acardi. S. Pontionis. Data mense martio, anno I regnante Ludowico rege.

N° 7. Legs d'une chaudière de sel à l'abbaye de Cluny.

(*Circa* 1150)

Cart. de Cluny, n° 4149, t. V, p. 510.

Acte à cause de mort proprement dit, transférant au monastère gratifié la propriété de l'objet légué directement et sans qu'il soit besoin de l'intervention de personnes vivantes.

Aymo Esyngres de Grosum dat monachis Cluniacensibus summatam salis in baderna.

Notum sit omnibus tam futuris quam presentibus, quod Aymo Esyngrez de Grosum, qui decessit apud Nazara, in itinere beati Jacobi apostoli, dedit Deo et Sancto Petro et Paulo Cluniacensi, sommatam salis in baderna quam adquisierat, mandavitque fratribus suis et uxori sue quod hoc redderent. Si autem nollent, vel e mundo migrarent, monachi predicti loci in baderna acciperent quicunque eam teneret. Testes Johannes Rosset, Marchis de Grosum, Stephanus Bertins, Petrus Dibum. Albespinus Minimus, juglers, Lambertus mercator.

N° 8. Second testament de Philippe-Auguste.

(1222)

Layette du Trésor, n° 1546, t. I, p. 549.

Testament coutumier selon le droit usité au début du XIIIe siècle.

Alterum Philippi Augusti testamentum.

In nomine sancte et individue Trinitatis. Philippus, Dei gratia Francorum rex, omnibus presentibus et futuris, salutem. — Noveritis quod nos, anno Domini M° CC° XX° secundo, mense septembri, de rebus nostris, si aliquid humanitus nobis contigerit in hac presenti egritudine, ordinavimus in hunc modum. — In primis volumus et concedimus quod executores testamenti nostri, sine cujusquam contradictione, percipiant de rebus nostris et habeant quinquaginta milia librarum Parisiensium ad restituendum, secundum discretionem sibi a Deo datam, a quibus nos cognoverint aliquid injuste percepisse vel extorssisse vel detinuisse, et hoc firmiter precipimus, vel XXV. milia marcharum argenti, XL. solidos Parisiensium pro marcha. — Item donamus karissime uxori nostre Isauboz, regine Francie, decem milia librarum Parisiensium, quamvis ampliora eidem regine possemus dare: sed nos ita taxavimus ut ea que injuste recepimus possemus plenius emendare. — Item donamus et legamus karissimo filio nostro Ludovico, primogenito nostro, ad deffensionem regni Francie (*hic in instrumento dimidia circiter linea est abrasa et prorsus vacat*) solidos Parisiensium pro marcha, ita tamen quod nobis juret quod in deffensione regni predictam pecuniam expendet vel in perigrinatione aliqua, si Deus ei inspiraret quod eam faceret, si istud juramentum

sane potest facere. — Item donamus et legamus abbatie quam jussimus edificari juxta pontem de Charantone pro salute anime nostre. et poni ibidem viginti sacerdotes de ordine Sancti Victoris. qui singulis diebus celebrent divina pro salute anime nostre, ducentas et XL. libras Parisiensium. in prepositura nostra Parisius. singulis annis. percipiendas. in perpetuum ad terminos prepositurarum nostrarum, et duo milia librarum Parisiensium ad fatiendum ibidem edifitia et capellam. — Item donamus et legamus regi Jerosolimitano tria milia marcharum argenti. et duo milia marcharum argenti domui Hospitalis Jerosolimitane, et totidem marchas argenti Templariis transmarinis. quas volumus quod habeant in presenti passagio martii. — Item donamus et leguamus eisdem, videlicet regi Jerosolimitano et Hospitalariis et Templariis, ad succursum Terre Sancte transmarine, centum et quinquaginta milia marcharum argenti, et quingentas marchas argenti, ita tamen quod rex transmarinus et domus Hospitalis et Templi teneant trecentos milites, preter conventus earumdem domorum, per tres annos, postquam treuga rupta fuerit inter ipsos et Sarracenos. De predicta pecunia tenebit rex transmarinus centum milites, scilicet de tercia parte pecunie predicte, et domus Hospitalis totidem, pro alia tercia parte, et domus Templi totidem pro alia tercia. — Item donamus et legamus pauperibus et orphanis et viduis et leprosis XXI. milia librarum Parisiensium, distribuenda per manum testamentariorum nostrorum. — Item donamus et leguamus Philippo. filio nostro, X. milia librarum Parisiensium. — Item donamus et legamus servientibus nostris duo milia librarum Parisiensium. — Item donamus et leguamus abbatie Beati Dionisii, in qua sepulturam eligimus. omnia ludicra nostra. cum lapidibus pretiosis. et coronas nostras aureas, cum lapidibus pretiosis, et cruces aureas. et omnes lapides pretiosos, ita tamen

quod pro salute anime nostre, singulis diebus, viginti monachi presbiteri celebrent divina, et super hoc fatiendo habeant heredes nostri cartam abbatis [et] capituli in perpetuum fatiendo. — Hoc autem testamentum et leguatum eo modo quo prescriptum est ordinavimus, retinentes nobis plenariam potestatem addendi leguato, vel detrahendi vel mutandi, circa idem leguatum, vel desfatiendi secundum voluntatem nostram et quotienscumque voluerimus. Hujus autem testamenti executores constituimus dilectos et fideles nostros Garinum Silvanectensem episcopum, et Bartolomeum de Roia, Francie camerarium, et fratrem Haimardum tessaurarium Templi. — Actum anno Domini M° CC° XX° secundo, mense septembri, apud Sanctum-Germanum in Loia. — Item donamus et legamus domui Dei Parisiensis, singulis diebus, XX. solidos Parisiensium ad reficiendum pauperes ibidem, percipiendos in prepositura nostra Parisius in perpetuum. — Quod ut perpetuum robur obtineant predicta, sigilli nostri appensione predicta c[onfirmavimus].

N° 9. Testament de Raimond premier du nom. comte de Rouergue et marquis de Gothie.

(961)

Histoire du Languedoc, t. V, n° 111, col. 240.

Testament méridional et féodal. antérieur à la renaissance du droit romain.

In nomine Domini. Breve codicillo quod fecit Raymundus comes, pro remedium animæ suæ, et pro genitore suo, et pro genitrice sua. et pro omnibus fidelibus suis. Inprimis dono ad illo cœnobio de Conquas illa medietate de illo alode de Auriniaco et de illas ecclesias, et de omnibus villariis quæ ibi aspiciunt, et alia medietate ad illo cœnobio de Figiaco. Illa ecclesia de Aciunaco teneat Raynaldus dummodo vivit. et illo alode teneat Stephanus dummodo vivit; post illorum discessum Sancti Salvatoris de Figiaco remaneat, et donet Stephanus et Raynaldus ad ipsos monachos per singulos annos, mediante quadragesima, unam refectionem. Illo alode de Limanico, quod Grimaldus habet a feo, et Frodimus habet a feo de Raymundo. et illa ecclesia de Blanado, Ugoni filio Geraldi remaneat dummodo vivit: post suum discessum Sancti Petri Bellilocensis remaneat. et donet ad ipsos monachos per singulos annos unam refectionem medio quadragesimæ. Illo alode de Pomeriol, et illo alode de Tornago, et illo alode de Malavalle quod de illos monachos de Aureliaco et de ipso abbate acquisivi, Sancti Petri et Sancti Geraldi ad ipso cœnobio remaneat. Illo alode de Vidaliaco, quantum ibi aspicit, cum ipsa ecclesia, Sancti Petri Marciliaco remaneat. Illo alode de Alico et de Valanelone

ravi de Poncione ad caput de Au..... Raymundus habet a feo. ad illa sede de Lodeva remaneat et teneat Berta dummodo vivit. Illo alode de Lupiano cum ipsa ecclesia, et illo alode de Lugis teneat Berta dummodo vivit; post suum discessum Sancti Juliani Psalmodio remaneat. Illo alode de Balarug teneat Berta et Raymundus dummodo vivunt: post eorum decessum, una medietas remaneat Sancti Petri de Magalona. alia medietas remaneat ad illa sede de Agade. Illo alode de Palagio remaneat Raymundo et Bertanae dummodo vivunt: post illorum discessum. illa tertia pars sine illa ecclesia remaneat Sancti Tiberii, alia tertia pars ab illa medietate de illa ecclesia remaneat ad illa sede ad Biterris. alia tertia pars ab illa medietate de ipsa ecclesia remaneat ad illa sede de Narbona. Illo alode de Caucos remaneat Raymundo et Bertanae dummodo vivunt: post illorum discessum remaneat una tertia pars Sancti Anagni, altera tertia pars Sancti Petri de Joncellos, alia tertia pars Sancta Maria ad Quarante. Illo alode de Caucio quod a Raymundo acquisivi remaneat illa medietas Sancta Maria et Sancti Poncii ad Tomerias, alia medietas Sancti Petri ad Caunas. Illo alode de Perpiniani, quod de Attone acquisivi, remaneat illa tertia pars Sancti Felicis ad Gironda, alia tertia pars Sancti Petri ad Rodas, alia tertia pars ad illa sede de Helna. Illos alodes qui fuerunt Amelio vicecomite de Carcassona, ipsi qui sunt in Narbonensi, remaneant inter Sancto Justo et Sancto Paulo, et alii qui sunt in Carcassensi. tertia pars remaneat Sancta Maria Crassa. alia tertia pars Sancti Joannis Valle-Segario. alia tertia pars Sancti Nazarii ad Carcassona. Illo alode de Caucio remaneat Sancti Joannis Valle Segario. Illo alode de Villa-Nova. Sancta Maria de Soricino remaneat. Illo alode de Brocello, Bernardo filio Rotgerio remaneat dummodo vivit: post suum discessum Sancti Petri de Caunas remaneat. Illo alode de Guttalongus, cum ipsa

ecclesia et cum omnibus villariis quæ ibi aspiciuntur Sancti Benedicti remaneat et Sancti Vincentii. Illo alode quem habeo in Cavalio. Sancti Benedicti et Sancti Vincentii remaneat. neminem contradicentem. Illo alode de Bricio, Froterio episcopo remaneat cum ipsa ecclesia dummodo vivit: post discessum Sancti Michaëlis de Galliaco remaneat in communia. Illo alode de Francitia, Sancti Eugenii remaneat, et teneat ipsa ecclesia Berengarius dummodo vivit: post suum discessum remaneat cum suo alode Sancti Eugenii ad Viancio. Illa ecclesia de Sancto Marcello. Bernardo episcopo remaneat ad alodo: ipso alode de Sancto Marcello Sancti Salvii remaneat. et post mortem Bernardi episcopi. ipsa ecclesia Sancti Salvii remaneat. Illo alode de Loveziaco Sancta Cæcilia remaneat, et teneat ipsa ecclesia Nodbertus dummodo vivit: post suum discessum Sanctæ Cæciliæ remaneat. Illo alode de Avocio Sancta Marciana remaneat. Illo alode de Sancto Victore. Sancti Vincentii remaneat cum ipsa ecclesia, et teneat ipsum alodem cum ipsa ecclesia Ermengaudus abbas dummodo vivit: post suum discessum Sancti Vincentii remaneat. Illo alode de Vertucio, Bernardo et uxori suæ Adelais remaneat : si unus mortuus fuerit, ad alium remaneat: post illorum discessum remaneat una tertia pars Sancti Michaëlis ad Galliacō, alia pars Sancti Salvatoris de Comberas, alia tertia pars Sancti Audardi remaneat. Illo alode de illa Rocha, quæ de Aymerico acquisivi. Sancti Leoncii remaneat. Illo alode de Mazirios quæ de Augerio acquisivi, Sancti Benedicti Castrensis remaneat. Illo alode de Frodino cum ipsa ecclesia, et illo alode de Portello cum ipsa ecclesia, et illo alode de Altidinger cum ipsa ecclesia, et illo alode de Strictofonte cum ipsa ecclesia. et illo alode de Canaucellas cum ipsa ecclesia, et illo alode de Bonofollo cum ipsa ecclesia. Sancti Saturnini remaneant. Illo alode de Rochas. et illo alode de Ventenago et illo alode

de Remeddo, illo alode de Bordas cum ipsa ecclesia, et illo alode de Altarago cum ipsa ecclesia, illo alode de Narveis cum illa capella, illo alode de Tornolis, Sancto Simplicio. Moranorivo, Saxenis, Cabdinerio, Fredbos, isti alodes cum ipsas ecclesias, Sancti Stephani Tolosensis et Sancta Maria Fabricata remaneant. Illo alode de Sadrebane Sancti Volusiani remaneat; et illo alode de Carliago Rogerio filio Arnaldo remaneat: post suum discessum Sancti Antonini Fredelesio remaneat. Illo de Murello. et illo alode de Salas. Sancti Petri de Lesado remaneat. Illo alode de Carantvalle. et illo alode de Donadfrancio Willelmo Garcianae remaneat dummodo vivit: post suum discessum Sancti Petri de Condom, et Sancti Urentii ad Auscio remaneat. Illo alode de Sancti Martini de Bellocasso. illa ecclesia teneat Bosomeus dummodo vivit; post suum discessum Sancti Petri Mussiaco remaneat. Illo alode de Sancti Salvatoris cum ipsa ecclesia, Sancti Petri Mussiaco remaneat, et teneat ipsa ecclesia Jeremias presbyter dummodo vivit. Illo alode de Circiolis. Ugoni nepoti meo remaneat: post suum discessum Sancti Petri Mussiaco remaneat illa medietas, alia medietas Arnaldo et filio suo Siguino, quod hodie habet. remaneat: post illorum discessum Sancti Petri Mussiaco remaneat. Illo alode de Maimanicas, illo alode de Paludis, illo alode de valle Ardrico, illo alode de Logio, illo alodio de Podiomejano, illo alode de Lauberol, isti alodes Sancti Stephani Cadurcensis remaneant, neminem contradicentem. Illo alode de illa Guarda cum ipsa ecclesia, et illo alode de Losolario teneat Hugo filius noster dummodo vivit; post suum discessum Sancti Stephani Caturcensis remaneat, neminem contradicentem. Illo alode de Bellopogio teneat Aymericus. dummodo vivit; post suum discessum Sancti Stephani Caturcensis remaneat. Illo alode de Sabadello et de Prandicile cum ipsa ecclesia. Sancti Stephani remaneat.

neminem contradicentem. Illo alode de Francor et ad unum cui ille laxaverit: post mortem illorum Sancti Stephani Caturcensis remaneat. Illa quarta parte de illa ecclesia Sancti Ciricii. et illo alode, quod ego acquisivi in Deumpantala, Sancti Audardi remaneat. Illo alode de Mongio Sancti Audardi remaneat. Illa ecclesia Ricario filio Isarno remaneat ad alode: post suum discessum Sancti Audardi remaneat cum alio alode. Illo alode de Cauco cum ipsa ecclesia. et illo alode de Probilanicas cum ipsa ecclesia Sancti Antonini remaneant. Illa tertia pars de alios alodes meos quae habeo in Agennense, remaneat Gausberto abbate: post suum discessum Sancti Petri Musciaco remaneat: alia tertia pars inter Exciso et Sancto Vincentio Fabricato. alia tertia pars remaneat Sancti Caprasii. exceptis quae Austorgius tenet: et post discessum Austorgii S. Caprasii remaneat. Illo alode de Malopertuso cum ipsas vineas, et illas vineas de Pogio censaldo, et illas vineas de Ortigerias, Ugoni nepoti meo permaneat; post suum discessum Raymundo fratre suo remaneat. Illo feo quod Sancius habet, remaneat ad ipso Sancioni ad alode, exceptis illa vinea de Pogioceti Scannioso. Illo alode de illo Boscheto, S. Rufina remaneat. Illo alode de Marca, S. Petri et S. Gerardi de Cairago remaneat. Illo alode de Laugiago, et illo alode de Fessago. et illo alode de Campoguinado cum ipsas ecclesias, et illo alode de Valencio, Ademario vicecomite Tolosano remaneat: in tali vero ratione, ut eleemosyna mea adfirmet, et si filium habeat de muliere. qui haereditatem haereditare debeat, ad illum remaneat illo alode de Laugiago. Post discessum Ademare. illo alode de Fessago Sancti Antonini remaneat: et illo alode de Campoguidano, post discessum Ademaro. Sancto Audardo remaneat: et si Ademarus filium de muliere non habet. qui haereditatem suam haereditaret, ipso alode de Laugiaco Sancti Petri et Sancti Gerardi de Cairago remaneat. Illo alode de

Braciaco Raymundo filio meo et Hugoni filio meo remaneat; in tali vero ratione quod teneat ipso castello et ipso feo Arnaldus et Isarnus. quod habent de ipso alode. si tale forsfactum non faciunt in contra unum, de quod ipso feo habere non debeant. Illo alode de ipso Pojeto, et illo alode de Genebrerias Raymundo et Amalvino fratre suo remaneant : et post discessum Ademaro. illo alode de Balentios ad ipsos remaneat: et post illorum discessum S. Neofarii remaneat. Illo castello de Tolmone cum ipso alode de Albafolia. et cum ipsa ecclesia. et illo alode de Guallaranis cum ipsa ecclesia. et illo alode de Varliago cum ipsa ecclesia. et cum aliis ibi pertinentibus. Raymundo et Hugoni remaneant dummodo vivunt ; et si illi mortui fuerint. Sancti Audardi remaneant. Ipso castello quod vocant Vuandalors, cum ipso alode de Sancta Maria, Raymundo filio meo et Hugoni filio meo remaneat : post illorum discessum Sancti Petri Musciaeo remaneat. Illo castello quod vocant Casso, Bertanæ remaneat cum ipso alode de Arduino. et cum ipsa ecclesia, et cum ipso alode de Antiago, et cum ipsas ecclesias; et post discessum suum Raymundo filio suo remaneat; et si Raymundus mortuus fuerit, Bernardo et uxori suæ Adelais remaneat; et si infans masculus de illis pariter apparuerit. ad illum remaneat: et si illi mortui fuerint qui infantem non habuerint. Hugoni remaneat: et si Hugo mortuus fuerit. ille alodes de Antiago remaneat Sancti Stephani Cadurcensis. cum illa medietate de ipso castello: et ille alodes de Arduino. cum illa medietate de illo castello. Sancti Petri Musciaco remaneat. Illo alode de Aulasio cum ipsa ecclesia. et cum omnibus villariis quæ ibi aspiciunt. Bernardo et uxori suæ Adelais remaneat : et post discessum illorum ad infantes illorum remaneat ; et si infans de illos non apparuerit. remaneat inter Vabro, et Agnana. et Nante. et dividant æqualiter. Illa parte quod

ego Raymundus habeo in castello de Gordone et in illo alode de Gordonense, Aymerico remaneat, et Geraldo filio suo. et ad filios Geraldo : et illo alode de Sancto Amerando cum omnibus appenditiis suis similiter remaneat Aymerico, et Geraldo filio suo, et ad filios Geraldo; et si illi mortui fuerint, remaneat inter Sancto Stephano Cadurcensi. et Sancto Petro Marciliaco. et Sancta Maria Soliaco: et si Raymundus mortuus fuerit. donet Aymericus. aut Geraldus. aut filii Geraldo. qualis vivus fuerit. D solidos Hugoni nepoti meo: et si Hugo mortuus est. Sancti Petri Marciliaco. Ipso castello de Caganione cum ipso alode. et cum ipsa ecclesia de Laurguo. et cum ipso alode de quod habeo in Campolam, et cum illo alode Nantoinis cum ipsa ecclesia. et cum ipso alode de Marcilio cum ipsa ecclesia de Sancto Simplicio. exceptis illa ecclesia nova, et illo manso ubi ecclesia est, Hugoni et Ermengaudo fratre suo remaneat, et teneat ipsa ecclesia de Sancto Simplicio Stephanus et filius suus a feo, dummodo vivunt : post illorum discessum. illo alode de Laurgo, et illo alode de Nantoinis remaneat inter Sancto Stephano Cartucensi, et Sancta Maria ad ipso cimeterio. Illo castello de Parisio cum ipso alode de Taxairolas cum ipsa ecclesia. et ipsa ecclesia de Asinieyras, cum ipso alode de Falgairolas, et cum ipso alode de Novivilla. et cum ipsa ecclesia, et cum ipso alode de Torrerio, et cum ipso de Felinas, et cum ipsa ecclesia, Hugoni et Ermengaudo fratre suo remaneat: et illo castello de Parisio teneat Malbertus a feo de Hugone et de Ermengaudo dummodo vivit: et post discessum illorum. isti alodes remaneant inter Figiaco, et Marciliaco, et Caturcio. et Sancto Antonino, et Albio; et dividant æqualiter. excepto castello de Parisio. et illo alode de Taxairolas. et ecclesia de Asinierras. et illo alode de Falgairolas : et si Ermengaudus sine filio mortuus fuerit, ad ipsos Sanctos remaneat; et si filium de

muliere habeat, ad illum remaneat : et post discessum de ipso filio Ermengaudi, ad ipsos Sanctos remaneat. Illo castello de Albinio, et illo alode de Sinilio cum ipsa ecclesia, et illo alode de Brandonedo, et de alio de Brandonedo cum ipsas ecclesias, et illo alode de Perizedo cum ipsa ecclesia remaneat ad filios meos, quos ego Raymundus habeo de filia Odoino : et illo alode de Campolivado, cum ipsa ecclesia, et illo manso de Carausiaco, remaneat ad filia mea, quam habeo ab ipsa filia Odoini : et si illa infantem masculum non habet legitimum, remaneat ad germanos suos : et post illorum discessum, remaneat Sancta Maria Rutenis : et si filium habet de jugale, ad ipsum remaneat : et post discessum de ipso filio, Sancta Maria Rutenensis remaneat; et si ipsi filii mei de filia Odoini mortui fuerint sine filios, remaneat iste alodus de Brandonedo cum ipsa ecclesia Sancta Maria, Sancta Fide ad Conquas remaneat, et alio Brandonedo Sancti Saturnini remaneat : et illo alode de Perizedo, et alio alode de Sinilio, et illo alode de Albaredo Sancti Amantii remaneat; et donet ille abbas de Sancti Amantii in escambio Sancti Salvatoris Vabrensis, valente illo alode de Sinilio, ut plus prope potuerit de Vabro : et si filium habeat de muliere, ad illum remaneat; et post discessum de ipso filio ad ipsos Sanctos remaneant. Illo alode de illo Hermo, Ingelberto remaneat, et post suum discessum Sancto Petro Musciaci remaneat, et donet Ingelbertus per singulos annos ad illos monachos de Musciaco unam refectionem medio quadragesimae. Illo alode de Elvas Jaldeberto remaneat cum ipsa ecclesia, et cum omnibus villariis, quas ibi aspiciunt, in tali ratione, si filium habeat de muliere, ad illum remaneat : et si filium de muliere non habet, Grimaldo fratri suo remaneat : et post discessum illorum, Sancti Petri Marciliaco remaneat in communia. Illo alode de Laugiaco, quod vocant Sancta Affra, Stephano remaneat : post suum

discessum, ad unum filium suum, cui ille donare voluerit: et post discessum illorum, Sancti Petri et Sancti Giraldi Aureliaco remaneat. Illo alode de Lobegiaco, exceptis illa ecclesia, Genesio remaneat : et illa Rocha inter Aymerico et Genesio, et teneat ille Genesius in fidelitate Aymerico; et si Genesius habet filium de muliere, ad illum remaneat: et si filium non habuerit, Geraldo fratre suo remaneat : et post illorum discessum, Sancti Juliani Brivatensis remaneat. Et illa ecclesia de Lobegiaco, Galberto remaneat : post discessum suum, Sancti Stephani Caturcensis remaneat. Illo alode de Livrone Raymundo filio Umberto remaneat : post suum discessum, ad illa ecclesia nova de Marcilio remaneat. Illo alode de Gignalio Bernardo filio Umberto remaneat: in ea ratione, quod adfirment mea eleemosina Bernardus et Raymundus, et mater illorum; et post discessum Bernardi, remaneat ille alodes de Gignalio Sancti Amantii Rutenis. Illo castello de ..., illo castello de Cerveria, illo castello de Sancto Laurentio, illo castello novo de Petrilense, illo castello de Granolheto, illo castello de Mala-Morte (in) ripa Agotis, illo castello de Dargon, illo castello de Ventagione, illo castello de Monesterio remaneat Raymundo filio meo; et si Raymundus intestatus mortuus est, ad propinquos nostros remaneant. Illo alode de Lupiaco Deus-Dedit episcopo remaneat; post suum discessum, Sancta Maria Rutenis remaneat. Illa convenientia, quam ego habui in illo alode de Sanis, quam Ermengaudus midi fecit, Sancti Michaëlis ad Galliaco remaneat. Ista eleemosina suprascripta fiat Domino Deo et ad istos Sanctos superscriptos post remedium animæ meæ, et pro omnibus peccatis meis, et pro genitore meo et genitrice mea, et pro fratres meos, et pro omnibus consanguineis meis, et pro omnibus fidelibus meis; in ea ratione quod nullus clericus, nec nullus laicus, nec nulla fœmina non tollat, nec vendat, nec abstrahat ad istos Sanctos supras-

criptos. nec ista convenientia, per quod unus de istos Sanctos suum drictum perdat, omni tempore firma et stabilis permaneat. Amen. Omnes res meas mobiles donent eleemosinarii mei Domino Deo, et ad sanctos et ad presbyteros, et ad pauperes, pro anima mea. Signum Raymundo qui breve isto scribere vel firmare rogavit. Sign. Jalberto. Sign. Genesio. Sign. Bernardo. Sign. Willelmo. Sign. Aymerico. Sign. Giraldo.

N° 10. Testament de Guillaume VII. seigneur de Montpellier.

(1172)

Histoire du Languedoc. t. VIII, n° 14. col. 287.

Testament méridional et féodal. postérieur à la renaissance du droit romain.

In nomine domini nostri Jesu Christi et gloriose virginis Marie. Anno ab Incarnatione Domini MCLXXII. mense septembris, in festivitate sancti Michaelis. Ego Guillelmus dominus Montispessulani. filius quondam Sibiliae, in mea bona memoria sic testamentum facio meum et ultimam voluntatem meam super rebus meis dispono. — Inprimis dimitto corpus meum ad sepeliendum in monasterio Sanctæ Marie Grandissilve, et eidem monasterio relinquo pro monacho Raimundum filium meum, et ei et pro eo relinquo ipsi eidem monasterio Grandissilve M sol. Melgor., quibus Raimundum filium meum contentum esse volo. Dimitto domui infirmorum de Ponte D sol. qui consilio Magalonensis episcopi et G. fratris mei in honore et servicio mittantur. — Dimitto ecclesie Magalonensi M. Sol. Melgor. qui dentur in honore, unde singulis annis anniversarium fiat in perpetuum pro remedio anime mee et parentum meorum, qui persolvantur ab iis qui administrationem rerum mearum habuerint, cum primum idoneus honor ad hoc inventus fuerit ad vendendum ; et anniversarium fiat annuatim illa die, in qua statutum fuerit cum herede meo domino Montispessuli. — Dimitto ipsi ecclesie Vallismagne D. sol. Melgor. et mando quod compleatur illud relictum, quod dimisi ad opus dormitorii ejusdem ecclesie monasterii. — Dimitto monasterio Francarumvallium D sol. Melgor. — Mando quod testamentum Ma-

thildis quondam mee uxoris compleatur in integrum, et debita sua que ipsa debebat solvantur et reddantur. — Guillelmo majori filio meo relinquo universum honorem meum et omnia jura mea et omnia bona mea ubicumque suit et qualiacumque sint, et omnes actiones et petitiones meas. — Volo et mando quod filius meus major Guillelmus subministret necesseria Guillelmo fratri suo honorifice, et si forte inter se discordaverint, donet ei singulis annis XX marchas argenti vel M sol. Melgor. tantummodo in vita prenominati G. minoris, et iis contentum (eum) esse volo. — Guidonem filium meum ad nutriendum dimitto in cura et custodia domus militie Templi et fratrum Templi, et rogo quod mittant et teneant eum ab hoc proximo festo, anno quo supra, usque ad VI annos. Iis vero VI annis completis, si Guillelmus meus filius major et Guillelmus filius meus minor ambo vivi fuerint, deinde relinquo dictum Guidonem filium meum pro milite Christi et fratre domus militie Templi cum M sol. Melgor., quibus Guidonem filium meum contentum esse volo et domum militie Templi similiter, et postea in aliquam substitutionem bonorum meorum Guido filius meus non possit venire. Sed tamen si infra spacium horum predictorum sex annorum contigerit mori Guillelmum minorem filium meum vel Guillelmum majorem filium meum, ille istorum filiorum meorum qui superstes fuerit dominus Montispessulani, recuperet Guidonem filium meum et subministret ei necessaria honorifice. Et si forte inter se discordaverint, donet ei singulis annis XX marchas argenti vel M sol. Melgor. tantummodo in vita hujus Guidonis filii mei, et iis contentum eum esse volo. — Sibiliam filiam meam matrimonio collocavi Raimundo Gaucellini, quam contentam esse volo c marchis argenti et duobus cifis argenti de VI marchis et duobus lectis de palio et vestimentis et equitatura, que omnia tempore matrimonii ipsi

donavi. — Guillelme filie mee tantumdem relinquo. — Adalacie filie mee tantumdem relinquo. — Marie filie mee tantumdem relinquo. — Clementiam filiam meam tradidi pro monacha monasterio de Tarn cum XX marchis argenti, quibus ipsam contentam esse volo et monasterium de Tarn. — Similiter rogo et volo, quod filie mee maritentur consilio et voluntate Guidonis fratris mei. Si quis aliquam filiarum mearum rapuerit, et raptam in uxorem duxerit, illam filiam meam et illum raptorem maritum suum et illos filios filiasve, qui et que ex illo matrimonio procreati procreateve fuerint, a bonis meis exheredo. Sed si hec rapta filia mea a tam illicito matrimonio se retraxerit, et secundum ordinationem et consilium Guidonis fratris mei se continuerit, restituatur in eumdem gradum in quo erat antea quam raperetur : sed tamen filios filiasve, ex illo matrimonio procreatos procreatasve, penitus in perpetuum a bonis meis exheredo et prorsus alienos facio. — Si Guillelmus filius meus major sine legitimo herede ex conjuge decesserit, vel si habuerit heredem legitimum et heres ille morte moreretur absque herede legitimo ex conjuge, Monspessulanus et totus alius honor meus revertetur ad Guillelmum filium meum minorem vel ad heredem suum legitimum ex conjuge, si masculus fuerit ; sin autem, ad feminam si superstes fuerit. Similiter si Guillelmus filius meus minor vel heres suus legitimus ex conjuge sine legitimo herede ex conjuge decesserit, Monspessulanus et totus alius honor meus revertatur ad Guidonem filium meum, si infra dictos VI annos, sicut supradictum est, in secularem vitam redierit, vel ad heredem suum legitimum. Omnibus iis dictis filiis meis sive heredibus eorum legitimis ex conjuge deficientibus, tam masculis quam feminis, succedat Guido frater meus vel heres ejus legitimus. Si vero Guido frater meus decesserit sine herede legitimo, vel heres ejus legitimus sine herede

legitimo decesserit, succedat filia mea Sybilia vel heres ejus legitimus quem ex legitimo matrimonio habuerit. Iis deficientibus, Guillelma filia mea vel heres ejus legitimus, quem ex legitimo matrimonio habuerit. et sic deinceps filia mea minor, que tunc temporis supererit vitam ducens secularem vel heres ejus legitimus quem ex matrimonio habuerit. Iis deficientibus succedat Guillelma soror mea et filius ejus Bernardus Atho vel heres ejus legitimus, quem ex legitimo matrimonio habuerit. Iis deficientibus succedat Adalacia soror mea vel heres ejus legitimus major. Iis deficientibus succedat Stephanus de Cerviano nepos meus vel heres ejus legitimus. Volo itaque et mando quod Monspessulanus et totus alius honor meus ad quemcumque heredem, masculum seu feminam, pervenerit, sit semper sub potestate et dominatione unius domini tantum, qui teneatur ad ea omnia peragenda, quibus filius meus dominus Montispessulani existens remanet obligatus, sicut dictum est. Sed tamen si Monspessulanus et alius honor meus pervenerit ad feminam, et illa femina filium habuerit legitimum ex legitimo matrimonio natum, cum ille filius suus major ad etatem XX annorum pervenerit, Monspessulanus et totus alius honor meus ad illum in integrum revertatur, sive viva ejus matre existente sive mortua. — Item ego Guillelmus dominus Montispessuli relinquo infantes meos sub custodia et gubernatione Dei omnipotentis et Joannis Magalonensis episcopi et Guidonis fratris mei, ut ipsi cum consilio proborum hominum meorum de Montepessulano prenominatos infantes meos, et res eorum custodiant et gubernent. — Volo et jubeo ne unquam judeus sit bajulus Montispessuli vel castelli de Palude vel alicujus honoris mei. — Monachi ordinis de Cistercio vel eorum homines nunquam dent leudas vel usaticum in Montepessulo vel in castello de Latis vel in alio honore meo. — Mando et volo quod heres meus do-

minus Montispessuli donet annuatim pro remedio anime mee et parentum meorum boarie Grandissilve, que vocatur Caltasac, de redditibus pratorum meorum de Palude e sol. Melgor. et si prata in laborivum mutata fuerint, ex eodem laborivo singulis annis persolvantur. — Mando et injungo heredi meo domino Montispessuli. ut faciat molere in molendinis de Palude sine omni moltura et farnatge totum bladum monasterii Francarumvallium, scilicet tantum quantum ad opus monachorum monasterii in monasterio manentium et eorum familie necesse fuerit. — Item mando et volo quod omnes redditus honoris mei veniant in potestate Joannis Magalonensis episcopi ad persolvenda debita mea et querimonias meas, tractis inde expensis que necessarie fuerint ad procurandos infantes meos et ad deffendendum honorem meum. — Rogo heredem meum, Montipessuli dominum, et ei injungo ut memor intime affectionis, quam erga eum exhibeo universa bona mea sibi relinquendo, ut de majori justicia ea habeat et possideat, debita mea et ea que injuste abstuli, que persoluta non fuerint, integre solvat et reddat. — Rogo itaque et mando quod heres meus, Montispessuli dominus, homines meos diligat, servet et deffendat et justiciam eis teneat, et homines meos rogo et ipsis injungo, quod heredem meum, Montispessuli dominum, fideliter diligant sicut dominum suum, et ei fideliter et recte teneant et observent fidelitatem suam et dominationem suam semper. — Item Joannem Magalonensem episcopum et Guidonem fratrem meum et infantes meos et omnes homines meos et totum honorem meum dimitto in garda et deffensione Raimundi Gaucelini de Lunello. — Item Joannem Magalonensem episcopum et Guidonem fratem meum et infantes meos et omnes homines meos et Raimundum Gaucelini dominum Lunelli et universum honorem meum dimitto in garda et deffensione domini mei Ildefonsi regis Aragonensis. —



Item volo et mando quod Joannes Magalonensis episcopus et Guido frater meus teneant hanc administrationem, sicut dictum est, tamdiu donec heres meus Montispessuli sit etatis XX annorum. — Item mando et jubeo quod pro honore de Coconeto, quem Guido frater meus abstulit ecclesie Magalonensi. MMM sol. Melgor. restituantur eidem predicte ecclesie Magalonensi atque bonus honor de honore meo de Palude. de illo scilicet qui propinquior fuerit terminio de Cocone. Et rogo dominum Magalonensem episcopum et canonicos Magalonenses presentes et futuros. quod singulis annis in festivitate Sanctorum Cosme et Damiani faciant anniversarium pro remedio anime mee et parentum meorum. Factum est hoc anno et mense quo supra, in die festivitatis sancti Michaelis. in camera castelli. coram Joanne Magalonensi episcopo et Guidone fratre ejusdem domini Guillelmi Montispessuli, in presentia et testimonio Guillelmi Raimundi Magalonensis archidiaconi, Guillelmi Maurini prioris Sancti Firmini. Guillelmi de Cintrarianicis. Agulloni de Castronovo. Poncii de Mesoa, Guillelmi de Albaterra, Guillelmi Lenterici, Guillelmi Lenterici ejus filii, Guillelmi Adalgerii, Raimundi Lamberti. Guillelmi Petri Maurini, Guillelmi olrici. Guiraudi Atbrandi, Petri de Sancto Johanne, Cadelli, Bernardi Austrinii. Sebastiani Jordani de Conchis et Fulconis qui hec scripsit.

IV

Le XIIIe siècle.

N° 11. Testament de Thiébaut, comte de Bar.

(1282)

Histoire de Lorraine, Preuves, t. II, col. 518.

Testament coutumier selon le droit usité à la fin du XIIIe siècle.

En nom dou Pere, et dou Fils, et dou sainct Esperit, je Thiebaut Cuens de Bar, fais mon testament et ma devise en tel manière : je veuil que mi hoir payent mes debtes toutes, et vuel que tout l'eritage que je ay au d'autreuy a tort, dont je suis encore tenus, que mi hoirs le rendent chacun en leus où il tenra sa partie, et vuel que mi executor s'enquierent diligement, et vuel que en l'inquisition faire que il rapellent mes hoirs, et que mi hoirs les en croyent especiaument des heritages as borjois, et de mes memes Villes et as Anglises aussi, et à toutes autres gens cui heritages se averoire tenu à tort, dont je suis

encore tenu. Je consent que mi executor faicent asseiz les arreirages desdits heritages. et de tous autres moubles et Chaiteis. à tous à cui je suis tenus, saulf ceu que des tor fait que je avoie fait as Englises des mobles et des chaiteis devant le jour de la Pentecoste. quant le miliaire nostre Signor couroit par mil dou cent sexante et ung an, je ne vuel que rien en soit rendu: car li apostoiles m'en acquita: mais de ceux que je aurois puis fais ou autres auroit fait. dont je serois tenu. vuel je que mi executor en faicent asseiz. et après je comant que mi executor faicient asseiz de la devise mon pere de ce qui est encor à faire. C'est assavoir de cept mile et cinq cens livres de fors, et vuel que se on ne trouvoit à cui on deust rendre cest somme. que on departi ce que demourroit de cet some au poures de ma Terre. que je ait plus grevé, ou se on ne peoit ce sçavoir, qui fust departy as plus besoignoux de ma Terre. et avec ce je vuel que mi executor faicent asseiz as Dames de saint Ahout de teil somme comme je leur doi encore des doues mil et cinq cens livres, que mes peres lor promest à sa vie; et c'est à sçavoir que elles conoissent que elles en ont receus unze cens et cinquante livres: mais toute voie je vuel que mie serjant en sachent loyal compte. se plus en ont receu : et après je vuel que mi Executor faicent asseis de ce que je doi encore dou Testament ma mere: c'est à sçavoir, à Saint Ahout trois cens livres, as Abbaies de Cistyaux, cent et dix livres. ensi comme Madame ma mere le devisa en son Testament, a droict de Wyuville dix livres, et aux poures de ma Terre quinze livres: et aussy vuel-je dou Testament mon Signor Henry mon freire, se on trouvoit que je rien en deeusse. Et après je vuel que dou charruage que je donai mon Signor Hendou dou chaigne que mi hors en faicent asseiz à ceux de Hasthenay. par le conseil de mes executor: et après je ai assignei trente livres de terre à

fors. pour dou Chapelleries au chies dou Pont à Mouçons l'une de Nostre-Dame. l'autre de la Croix, à penre en molin dou Pont à Mouçons; et se il ne souffit. se soit pris li sorplus en mes fours de ma Nueve-Ville au Pont. Et après de mes chevaux que je aura au jour de ma mort, soient cheval. soient palefroy. soient roncins, je devise que il soient vendu. et départy le prix par mes Executours. et la maignie de mon Hostel, qui m'a servi et qui me sert, et qui me servira selon ce que je suis tenu. et mes robes. mes couvercours: et les choses qui appartiennent à mon lit et à mon cors. je vuel que mi Executor les departent as pauvres Hospetaus de ma Terre. selon ce que mi Executor cuidront que il soit miels employés: et pour toutes ces choses à accomplir. je mets en la main de mes Executors qui seront sy dessous nommé, tout mon vaissellement d'or et d'argent, et tous mes meubles que je aura au jor de ma mort, fors ce que on me devra, et mes joiauls. fors ceux que sont et seront ordenei à honorer Reliques: et lor mest en mains mes bois de Mouçon, les bois et les Forges de Briey, les Estangs et les bois que apendent à Francheville, les Bois et l'Etans d'Etain : et avec ceu por ceu que ma Terre est trop chargie, et que cil qui sera Cuens de Bar après mi. serait trop chargie à torne je. à penre en la Terre et en Bois de Posoye jusqu'en a dix mille livres, savoir chacun an mil livres à dix ans. avec les choses devant nomées. tant que li Testament mon Pere et Madame ma Mere soient accomply, et vuel que aussi-tost comme mi Executor verront que par les dix mille livres de Posoye tout ce que est dessus dict puisse estre accomply, que deutz en avant ils ne pregnent rien en la Terre de Lorraigne, mais preignent tant solement les mille livres en Posoye chacun an jusques an devantdit dix ans; et quant il auront receu et levé dix et nuef mil livres. et trois cens livres, toute chose contées et mo-



bles, joials, vaissellement. et proaiges des devant li dis leus de Lorraigne et de Pesoye. saulf ceu que les robes et li chevaul ne soient mis contre contei en cet some, se ceste somme de dix-nuef mile livres et trois cens liv. soufflt pour que je doi dou Testament mon Pere, ma Mere, et de mon Signor Henry mon freire se rien en doi. et pour les fors fais des mobles et chateis. et d'arrierages desquels je suis tenu. deu qui en avant il ne envoient plus rien. et en devant-dit louz de Lorraigne et de Posoye. Et se de ceste somme de dix et nuef mil livres. et trois cens livres. demoroit rien après ceu que tout seroit accomply, je veul que on le donast por Deu au poures de ma Terre en nom de restitution, meesmement à ceu cui je auroit plus grevei, et se la devantdite somme des dix nuef mile livres et trois cens livres ne souffisoit pour tout accomplir, je veul que mi Executor preignent as devant dix leus de Lorraigne mil livre chacun an, jusque à tant que tout fust accomply. et tuit li tor fait desquels je suis tenus de moubles et de Chatiez amandei par les Executor devantdit. Et por ceste devise accomplir. estaubli ge mes Executors homme Religieux Villei de Saint Poule de Verdun qui or ast, noble Dame Jehenne Contesse de Bar ma femme, mon Signor Guy de Touey Signor de Baserne. mon Signor Thieri d'Amele, le Chastelains de Bar qui or est, Thiebauld Dajeu de Bar, et vuel que se il ne pooent ou ne voloient à cest chose aucune foiée tuit entendre, que li troi aient pooir d'accomplir ce que à faire en feroit à celle fois. et feroient tenu de monstrer as autres quant il s'assembleroient. sousfisant apparance de ceu que seroit fais à tous, ou à ceu que les en requerroit. et vuel que se desdis Executor en mouroit uns ou plusors. que li demourant. ou la partie plus grans d'aus. esleussent autre qui aussent auteil pooir. et de tel ordre comme li premier, en teil maniere que il y auré

autant d'Executor com le j'ay estably, e
cutor content chacun en devant la Com
devant Henry mon fils : et ont jurei ladit
mon fils sor saintes Evangiles, que il a
à accomplir ces besoigne, et se sont
honnorable Peire l'Eveque d'Anevert,
soient ainsi comme il l'ont promis p
les puisse excommunier, et tuit autre
sous cui il tenroit terre, les puisse exc
lor Terres en entredist, se il en estoie
cutor : et vuel encore que mi Execut
Mihiel au Sacrairie de l'Abbay, sor l
cleis, ceu que il l'euroient des choses
departiront au plustost et au plus
pourron se où il devront, et au plus g
Et rapoil parmy cest mien Testament.
autres Testament et devise que je ay
Jehenne Contesse de Bar, sans nul
octroiet et greei par ma bonne volon
les dix mile livres que Mesire et me ma
de Bar, ai devisei à paure à dix ans c
en bois de mon heritage, et ay promis
Evangiles, que je n'enpechera par mo
on en preigne les devantdictes dix n
livres jusques à dix ans en devant di l
ayderay layaument et en bonne foy, qu
devantdites en ceste devise, soient fait
je Henry aineis fils le Comte de Bar,
tenu par mon sairment fait, de tenir, d'
sans nul ampauchement les choses
com elles sont conteneuës en cest T
devise. Et je Thiebau Cuens de Ba
Jehanne Contesse de Bar devantdite f
et je Henris aineis fils ledit Comte de l



Seèls en ces presentes Lettres, et en cest devise por ceu que la chose soit ferme et stauble. Ce fut fait l'an de grace mil dou cens quatre-ving et dous ans, le Sabmedy après Pasques eluses, seillées de trois Seèls, l'un cire jaulne, et les deux autres de paste sur double queuë.

N° 12. Testament de Jeanne, comtesse de Toulouse.

(1270)

Histoire du Languedoc, t. VIII nº 535, col. 1695.

Testament rédigé en pays de droit écrit.

In nomine sancte et individue Trinitatis, amen. Noverint universi presentes pariter et futuri, quod cum nichil magis hominibus debeatur, quam ut suppreme voluntatis liber sit stilus et liberum, quod iterum non redit, arbitrium : idcirco nos Johanna, filia quondam illustris domini Raimundi, comitis Tholose, marchionis Provincie, filii domine regine Johane, Dei gratia Tholose et Pictavie comitissa, sana mente et corpore, ad honorem omnipotentis Dei et utilitatem et bonum statum terre nostre et subjectorum nostrorum, et ne in posterum de rebus nostris seu bonis aliqua contencio seu dubitacio oriatur, testamentum nostrum seu ultimam voluntatem nostram ordinamus et disponimus in hunc modum. — Inprimis siquidem animam et corpus nostrum relinquimus omnipotenti Deo et beate Marie Virgini matri ejus, volentes et mandantes corpus nostrum sepeliri, quandocumque secundum Dei ordinationem nos mori contigerit, in abbacia monialium Beate Marie de Garcins, diocesis Parisiensis, ordinis sancti Augustini, fratrum Sancti Victoris Parisiensis, quam karissimus dominus et maritus noster, dominus Alfonsus, comes Pictavie et Tholose, et nos, in salutem animarum nostrarum et successorum nostrorum hedificari fecimus et fundari. — Et inprimis volumus et mandamus, quod omnia per nos injuste adquisita vel rapta, vel quocumque alio modo contra Deum et justitiam ad nos devenerunt, sint mobilia vel immobilia, vel quecumque

alia jura, corporalia vel incorporalia, plene et integre restituantur et de bonis nostris integre emendentur. — Et inprimis legamus et relinquimus pro anima nostra decem milia marcharum argenti, de quibus dicte abbacie Sancte Marie de Garcins legamus et relinquimus in redemptionem et salutem anime nostre et parentum nostrorum V milia libr. Tur. — Item extra summam predictarum X^{m} marcharum, legamus et relinquimus dicte abbacie Beate Marie de Garcins omnia vasa nostra, argentea et aurea, ubicumque sint et quecumque. — Item legamus et relinquimus monasterio Fontisebraudi, ubi jacet predictus dominus pater noster ex X^{m} marchis predictis, in redemptionem anime sue et nostre et parentum nostrorum, mille libr. Tur.— Item legamus et relinquimus monasteriis ordinis Cisterciensis terre nostre mille marchas argenti, quas inter eadem monasteria distribui volumus et mandamus per religiosos viros abbates monasteriorum Cisterciensis et Clararumvallarum ordinis supradicti, prout eisdem magis equum et pium videbitur, consideratione paupertatis habita religionis et aliorum, que dictos abbates movere poterunt et debebunt. — Item legamus et relinquimus ex X milibus marchis predictis domibus fratrum Minorum terre nostre M marchas argenti, quas volumus et mandamus distribui inter domos predictas per religiosum virum ministrum provincialem ordinis supradicti, prout sibi magis equum et pium videbitur, consideratione paupertatis habita et aliorum, prout superius est relatum. — Item domibus fratrum Predicatorum terre nostre legamus et relinquimus ex dictis X milibus marchis argenti M marchas, quas dari et distribui volumus inter domos predictas per priorem provincialem, habita consideratione, ut de aliis superius est expressum. — Item domui milicie Templi de ultra mare legamus et relinquimus mille libras Tur. — Item domui hospitalis

[illegible] Stephani [illegible] LX libr. Item [illegible] XX [illegible] Item Mer[illegible] ejus [illegible] Item [illegible] Philippe, domine [illegible] quondam [illegible] A[illegible]llaris filie, uxoris domini [illegible] Petragoricensis, LX libr.

Item Izareloni custodi ejusdem Philippe, XL libr. Item Stephano concierge domorum nostrarum de Parisius, LX libr. Item Guillelmo de Viliers, consierge nostro de Vaus. LX lib. Item Johanni Rochete, L libr. Item Gausberto usserio. L libr. Item Guilhoto talliatori, XL lib. Item Aure. XL lib. Item Stephano de camera, XL lib. Item Stephano de chansonaria. XL lib. Item Pariso fratri ejus. XL lib. Item Simon Maudit fourerio nostro. XL lib. Item Luche cocho nostro. L libr. — Item legamus et relinquimus ex dictis X milibus marchis CC lib. Tur. aliis non nominatis de familia nostra. dividendas per executores nostros infrascriptos. ad cognitionem domini Guidonis de Viliers et domini Gauterii Bellicadri predictorum. — Item legamus et relinquimus ex dictis X milibus marchis duo milia libr. Turon. nobilibus domicellis pauperibus maritandis vel in religionibus mittendis, videlicet M libr. Turon. domicellis pauperibus terre nostre dividendas per executores nostros infrascriptos, scilicet dominum Bernardum comitem Convenarum, et dominum Amalricum vicecomitem Narbone, et dominum Sicardum Alamanni; et M lib. Tur. nobilibus domicellis pauperibus regni Francie, dividendas et distribuendas per executores nostros infrascriptos, scilicet magistrum Guillelmum de Vallegranhosa, subdecanum Carnotensem, et dominum Johannem de Nantolio, et dominum Petrum camarlencum lomini regis Francie. — Item ex dictis X milibus marchis Bonis Infantibus de Parisius et pauperibus clericis scolaibus. D libr. Tur. distribuendas et dividendas per execuores nostros de Francie partibus. prout magis saluti nime nostre viderint expedire. — Item... domibus leproorum et domibus Dei in partibus Francie, D libr. Tur. videndas per executores nostros de Francie partibus, out superius est relatum. — Item legamus et relinimus et donamus residuum decem milium marcharum,

quod remanet ad dividendum seu distribuendum, ad edificandum et construendum quandam abbaciam monialium Cisterciensis ordinis, alicubi in terra nostra, ad cognitionem executorum nostrorum infrascriptorum terre nostre : scilicet dominum Bernardum comitem Convenarum et dominum Amalricum vicecomitem Narbone, et dominum Sycardum Alamanni, prout melius ad salutem anime nostre et parentum nostrorum viderint expedire.— Item legamus... in perpetuum dicte abbacie, per dictos executores terre nostre construende et fundande, villam Insule Albiensis cum omnibus suis pertinentiis, cum omni jurisdictione et jure, quod et quam in dicta villa et ejus pertinentiis habemus seu habere debemus aliquo jure seu aliqua ratione. — Item volumus et mandamus, quod omnia debita nostra, quibuscumque personis debeantur, solvantur de bonis nostris extra dictam summam X milium marcharum, ad cognitionem executorum nostrorum infrascriptorum. — Item extra summam decem milium marcharum, legamus... Guillelmo de Andusia consanguineo nostro et successoribus suis in perpetuum, villam de la Soal, diocesis Tholosane, cum suis pertinentiis, cum omni jurisdictione et jure, quod et quam in dicta villa et ejus pertinentiis habemus seu habere debemus aliquo jure seu aliqua ratione. — Item legamus... Beraudo de Andusia, fratri ejusdem Guillelmi, consanguineo nostro, et heredibus suis in perpetuum, castrum de Moncuc, diocesis Caturcensis, cum suis pertinenciis, cum omni jurisdictione et jure, quod et quam in dicto castro et ejus pertinentiis habemus seu habere debemus aliqua ratione. — Item legamus... castrum de Rabastenx, diocesis Albiensis, cum omnibus suis pertinentiis domino Sycardo Alamanni predicto et suis heredibus et successoribus in perpetuum, cum omni jurisdictione, etc. — Item legamus ordonamus ex dictis X milibus marchis Philippe, filii Rogerii de

Vouta, consanguinei nostri, ad maritandum eandem, D libr. Tur. — Item legamus et donamus Gaucerande, filie nobilis viri domini Amalrici vicecomitis Narbone, consanguinee nostre, et heredibus et successoribus suis in perpetuum, castrum seu villam Insule Veneissini, cum omnibus suis pertinentiis, cum omni jurisdictione, etc. — Item legamus et donamus Gaucerande, filie dicti Rogerii de Vouta, ad maritandum eandem D libr. — Item legamus... Margarite filie dicti domini Almalrici, sorori dicte Gaucerande, consanguinee nostre, et heredibus et successoribus suis in perpetuum, civitatem de Cavellione cum omnibus suis pertinentiis, etc. — Item legamus et donamus Guillelmo de Narbona, clerico, filio dicti domini Amalrici, fratri dictarum Gaucerande et Margarite, consanguineo nostro, castra de Bonilis et de Cabreriis cum eorum pertinenciis omnibus, etc. — Item legamus... Sycardo Alamanni, filio dicti domini Sycardi et domine Beatricis, quondam uxoris sue, qui dabitur in maritum Galharde, filie nobilis viri domini Bertrandi vicecomitis de Brunequello, consanguinei nostri, et eidem Gailharde et eorum heredibus et successoribus in perpetuum, castrum de Castlucio, diocesis Caturcensis, cum omnibus suis pertinentiis, etc. — Item legamus et donamus et relinquimus in perpetuum illustrissimo domino Karolo, regi Cecilie et comiti Provincie et Andegavie, et filiis seu heredibus suis et nobilis domine Beatricis, filie quondam domini Raimundi Berengarii, bone memorie quondam comitis Provincie, consanguinee nostre, illustris regine, totam terram nostram de Veneissino, quecumque sit et ubicumque, exceptis legatis seu donis superius et inferius expressis. — In omnibus aliis bonis nostris, quecumque sint et ubicumque sint, in episcopatibus Agennensi et Caturcensi et Albiensi et Ruthenensi, facimus et constituimus universalem heredem nostram Philippam, filiam domini Arnaldi Othonis, quon-

dam vicecomitis Leomannie, et predicte domine Marie consanguinee nostre, quodam uxoris sue, vicecomitisse quondam Leomannie, uxoris domini Archambaudi comitis Petragoricensis; volentes et mandantes, quod ipsa Philippa habeat et pacifice possideat omnia bona nostra et jura, quecumque sint et ubicumque in dictis episcopatibus, salvis tamen omnibus helemosinis et legatis nostris, universis et singulis superius et inferius expressis. — Item legamus et relinquimus eidem Philippe heredi nostre omnia adquisita tam per nos quam (per) dominum patrem nostrum predictum, tam ratione adquisitionis quam eciam emptionis, in dictis episcopatibus et etiam in tota alia terra nostra, salvis et exceptis legatis superius et inferius expressis. — Item legamus et donamus eidem Philippe omnia notra encennia, scilicet anulos et monilia et cerca sive coronas aureas et lapides preciosos.— Item volumus, precipimus et mandamus, quod predicta heres nostra, per nos superius instituta, maritetur ad cognitionem executorum seu gadiatorum nostrorum infrascriptorum, prout legalitati dictorum executorum magis ad utilitatem et honorem dicte heredis nostre videbitur expedire.— Gadiatores vero, executores, commissarios seu spondarios dicti testamenti nostri facimus et constituimus nobiles viros dominum Bernardum, comitem Convenarum, et dominum Amalricum, vicecomitem Narbone, et nobiles viros magistrum Guillelmum de Vallegranhosa, subdecanum Carnotensem, et dominum Johannem de Nantolio et dominum Petrum camarlencum domini regis Francie et dominum Sycardum Alamanni superius nominatos, et omnes episcopos terre nostre, quemlibet eorum in suo episcopatu tantummodo, cum omnibus aliis supradictis, volentes et mandantes dictis comissariis seu executoribus nostris, et in periculo animarum suarum eisdem injungentes, ut ipsi una cum singulis episcopis supradictis exequantur volun-

tatem nostram predictam et faciant solvi legata predicta et omnia compleri, que in nostro testamento predicto continentur. — Item volumus et mandamus, quod dictis gadiatoribus, comissariis sive spondariis nostris, quociescumque in executione dicti testamenti nostri fuerint sive vaccaverint, de bonis nostris eorum labori provideatur et expensis. — Item volumus et mandamus, ut si contingeret aliquem dictorum executorum nostrorum mori, quod alii executores possint alium eligere et instituere loco sui, qui cum eisdem omnia et singula supradicta exequatur. — Item volumus et mandamus, quod si omnes gadiatores, comissarii sive spondarii nostri, pro complendo sive exequendo testamento nostro, non possent insimul convenire, quod duo de Francie partibus, una cum duobus de terra nostra predictorum executorum, illud compleant et eciam exequantur. — Item volumus, precipimus et mandamus, quod omnia legata nostra et dona et elemosine, exceptis hiis que Philippe, filie dicti vicecomitis Leomannie et domine Marie predicte, legavimus et donavimus, immediate post mortem nostram per dictos executores compleantur et executioni mandentur. — Item volumus, quod terram quam legavimus predicte Philippe et totam aliam terram nostram, exceptis legatis et donis aliis superius nominatis et expressis, dominus et maritus noster karissimus dominus Alfonsus, Dei gratia comes Pictavie et Tholose, habeat, teneat et possideat, quosque dicta Philippa ad etatem pervenerit matrimonium contrahendi. Postquam vero ad etatem pervenerit matrimonium contrahendi, volumus, precipimus et mandamus, ut ipsa Philippa habeat et pacifice possideat, et heredes ejus in perpetuum, omnia sibi legata et data, ut superius est expressum. Et remittimus dicto domino Alfonso viro nostro, quamdiu dictam terram nostram tenuerit, satisdationem de utendo et fruendo arbitrio boni viri. Et

totam terram nostram, homines et subditos nostros, universos et singulos, ponimus et dimittimus sub tuitione et protectione et misericordia predicti domini Alfonsi viri nostri, rogantes et supplicantes eidem et sub periculo anime sue eidem injungimus ut omnia legata et dona supradicta et pias causas et alia quecumque exequi et exsolvi faciat, prout expressum est superius, et sceleri ac fideli festinatione hoc testamentum nostrum seu ultimam voluntatem nostram exequi faciat, et prout predictum est adimpleri. Hoc autem testamentum nostrum ultimum seu ultimam voluntatem esse volumus et mandamus, quod valere volumus ratione testamenti, et si ratione testamenti valere non posset, volumus quod valeat ratione codicilli vel cujuslibet alterius ultime voluntatis. In cujus rei testimonium, sigillum nostrum huic presenti testamento nostro duximus apponendum. Actum apud Armazanicas prope Aquasmortuas, die lune in vigilia nativitatis beati Johannis Babtiste, anno Domini M° CC° LXX°.

Ego Johanna, comitissa Thololose et Pictavie, propria manu Alberici capellani mei huic testamento feci subscribi, in premissorum testimonium et munimen.

Ego Bernardus, abbas Montisalbani, Caturcencis diocesis, rogatus huic interfui testamento et sigillum meum apposui et propria manu subscripsi una cum aliis testibus.

Ego Petrus Vigerii, archidiaconus Xanctonensis, huic testamento propria manu subscripsi cum aliis testibus et sigillum meum rogatus apposui.

Ego Bertrandus de Insula, prepositus ecclesie Tholosane, rogatus una cum aliis testibus huic testamento propria manu subscripsi et sigillum meum apposui.

Ego G., archidiaconus Narbonensis in Fenolleto, testis presens rogatus una cum aliis testibus huic testamento subscripsi et sigillum meum apposui.

Ego frater Philippus, de ordine fratrum Minorum, testis

presens rogatus una cum aliis testibus huic testamento subscripsi.

Ego Petrus canonicus de Roscha. de mandato domini Johannis de Nantolio, qui rogatus huic interfuit testamento et sigillum suum apposuit, testamento huic subscribo. cum ipse non haberet notitiam litterarum.

Ego Guichardus, canonicus Cameracencis, rogatus una cum aliis testibus huic testamento propria manu subscripsi et sigillum meum apposui.



INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

I

Sources.

Nota. On trouvera sous cette rubrique un certain nombre de livres et articles modernes : il s'agit de publications qui contiennent la reproduction de textes anciens, et qui à ce titre constituent de véritables « éditions ».

*Coutumes d'*Agen. — Ed. A. Moullié. — Bulletin des travaux de la Société d'agriculture d'Agen, t. V et VI. — Agen, 1850 et 1852.

Alart. - Privilèges et titres relatifs aux franchises, institutions et propriétés communales de Roussillon et de Cerdagne. — Perpignan, 1878.

Alcuini *epistolæ*. — Ed. Dümmler. - Mon. Germ., in-4°. Epistolæ Karolini ævi, t. II. — Berlin, 1895.

Annales *de* Saint Bertin *et de* Saint-Vaast. — Ed. Dehaisnes. — Paris, 1871.

D'Arbaud. — Archives municipales de Manosque. I. Les Privilèges. — Digne, 1845.

Assises de Jérusalem. — Ed. Beugnot. — Historiens des Croisades. Lois. — Paris, 1841-1843.

Aulu-Gelle. — Nuits attiques. Ed. Martin Hertz. — Leipzig, 1886.

Coutumes de Bazas. - Archives historiques du département de la Gironde t. XV, p. 67 et sq. Bordeaux, 1874.

Beaumanoir. — Coutumes de Beauvoisis. — Ed Beugnot. — Paris, 1842.

BLUHME. — Reccaredi Wisigothorum Regis *Antiqua* Legum collectio. — 1847.

BORDEAUX. *Livre des coutumes.* — Ed. Barckhausen. Archives municipales de Bordeaux. t. V. — Bordeaux. 1890.

BRACHYLOGUS. — Ed. Böcking. — Berlin. 1829.

BRUNS. Fontes Juris romani. — 5e éd. cura Mommseni. — Fribourg. 1887.

BULLETIN *du comité des Travaux historiques et scientifiques.* — Section d'Histoire et de Philologie. 1884. nos 3 et 4. — Communication de M. Molard. p. 224 et sq.

BURCHARDI WORMACIENSIS Ecclesiae Episcopi Decretorum Libri XX. — Paris. 1549.

Edmond Cabié. — Chartes de Coutumes inédites de la Gascogne Toulousaine. — Paris — Auch. 1884.

C. J. CÆSAR. — De bello gallico. Ed. Lemaire. Œuvres. t. I. — Paris. 1819.

Du CANGE. — Glossarium mediæ et infimæ latinitatis.—Ed.Henschel. — Paris. 1840-1850.

DIE CANONES — SAMMLUNGEN *zwischen Gratian und Bernhard von Pavia.* Ed Friedberg. — Leipzig. 1897.

CAPITULARIA *regum Francorum.* — Ed. Baluze. — 2e éd. De Chiniac. — Paris. 1780.

CAPITULARIA *regum Francorum.* — Ed. Boretius et Krause. — Mon. Germ. in-4o. Legum sectio II. — Hanovre, 1883.

CAPITULARIA. — Ed. Pertz. Mon. Germ. in-fol. Legum. t. I. — Hanovre. 1835.

CARTONS DES ROIS. -- Ed. Jules Tardif. — Inventaires et Documents. Monuments historiques. — Paris, 1866.

CARTULAIRE *de l'abbaye de* BEAULIEU en Limousin. — Ed. Deloche. — Coll. des doc. inéd. Paris, 1859.

CARTULAIRE *de* CLUNY. — Ed. Bruel. — Coll. des doc. inéd. · Paris. 1876-1894.

CARTULAIRE *de l'abbaye de* LÉRINS. — Ed. Moris et Blanc. — Paris. 1883.

CARTULAIRE *de l'Eglise* NOTRE-DAME de Paris. — Ed. Guérard. — Coll. des doc. inéd. — Paris. 1850.

CARTULAIRE *de l'abbaye de* REDON. — Ed. De Courson. — Coll. des doc. inéd. — Paris. 1863.

CARTULAIRE *de l'abbaye de* SAINT-BERTIN. — Ed. Guérard. — Coll. des doc. inéd. — Paris. 1841.

CARTULAIRES *de* SAINT-HUGUES *de Grenoble*. — Ed. Marion. — Coll. des doc. inéd. — Paris. 1869.

CARTULAIRE *de l'abbaye de* SAINT-PÈRE *de Chartres*.— Ed. Guérard. Coll. des doc. inéd. — Paris. 1840.

CARTULAIRE *de* SAINT-VICTOR *de Marseille*. — Ed. Guérard. — Coll. des doc. inéd. — Paris. 1857.

CARTULAIRE *de l'abbaye de* SAVIGNY. suivi du petit cartulaire de l'abbaye d'Ainay. — Ed. Aug. Bernard. — Coll. des doc. inéd. — Paris. 1853.

Li Droit et li Coustumes de CHAMPAIGNE *et de* BRIE. — Ed. Pierre Pithou. Coustumes du bailliage de Troyes. p. 334 et sq. — 1609.

CHARTULARIUM INSIGNIS ECCLESIÆ CENOMANENSIS. — Le Mans, 1869.

Histoire de la Maison de CHASTILLON-SUR-MARNE, par André Du Chesne. — Paris. 1621.

Le Livre des Constitucions demenées et CHASTELET *de Paris*. — Ed. Mortet. — Paris. 1883.

M. C. CICERO. — Topica. Ed. Lemaire. Œuvres. t. I, p. 515 et sq. — Paris. 1831.

Sacrosancta CONCILIA. — Ed. Labbeus et Cossartius. — Paris. 1671-1672.

CONCILIA ævi Merovingici. — Ed, Maassen. — Mon. Germ. in-4°. Legum sectio III. — Hanovre. 1893.

Actes de la CONFÉRENCE DE VINCENNES. — Ed. Durand de Maillane. Libertez de l'Eglise gallicane. t. III. p. 425 et sq. — Lyon, 1771.

CORPUS JURIS CANONICI. — Ed. Friedberg. — Leipzig, 1879-1881.

CORPUS JURIS CIVILIS. ed. stereotypa quinta. Mommsen. Krueger et Schœll. — Berlin. 1889-1895.

DIPLOMATA. — Ed. Pertz. — Mon. Germ. in-fol. - Hanovre. 1872.

Nouveau Traité de DIPLOMATIQUE. par deux Religieux Bénédictins de la Congrégation de St-Maur. Paris. 1701-1765.

Guillaume DURANT. — Speculum Judiciale. Repertorium aureum. Ed. Alexandre de Nève. Francfort. 1592.

EDICTUM THEODERICI. éd. Bluhme. Mon Germ in-fol. Legum. t. V. p. 145. — Hanovre. 1875-1889.

ETABLISSEMENTS DE SAINT-LOUIS. — Ed. Paul Viollet. — Paris. 1881-1886.

Pierre de FONTAINES. Conseil à un ami. Ed. Marnier. Paris. 1846.

FORMULÆ Merowingici et Karolini ævi. Ed. Zeumer. — Mon. Germ. in-4°. Legum sectio V. — Hanovre. 1886.

GALLIA *Christiana*. Commencé par les Bénédictins. Continué par l'Académie des Inscriptions. — Paris. 1715-1865.

GAUDENZI. — Un'antica compilazione di diritto romano e visigoto. — Textes reproduits dans N. R. H.. t. X. 1886. p. 524 et sq.

GIRARD. — Textes de droit romain. 2e éd. — Paris. 1895.

GLANVILLE. — Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliæ. Ed. Phillips. Englische Reichs = und Rechtsgeschichte. t. II. p. 335 et sq. — Berlin. 1828.

GREGORII TURONENSIS opera. Ed. Arndt et Krusch. Mon. Germ. in-4. Scriptores rerum Merovingicarum. — Hanovre. 1884-85.

Mgr HEFELE. — Histoire des Conciles. Traduction de l'abbé Delarc. — Paris. 1872.

*Maximin d'*HOMBRES. — Alais. ses origines. sa langue. ses chartes. sa commune et son consulat. — Société scientifique et littéraire d'Alais. 1870.

Li Livres de JOSTICE *et de* PLET. — Ed. Rapetti. — Coll. des doc. inéd. — Paris. 1850.

JULIANI *epitome Novellarum Justiniani*. — Ed. Hænel. — Leipzig. 1873.

LAGRÈZE-FOSSAT. — La ville. les vicomtés et la Coutume d'Auvillar. — Montauban. 1868.

Gustave LAMBERT. — Essai sur le régime municipal et l'affranchissement des Communes en Provence au Moyen-Age. — Bulletin de l'Académie du Var. nouvelle série. t. X. — Toulon. 1881.

Histoire générale du Languedoc. par Dom Devic et Dom Vaissette. Edition Dulaurier. — Toulouse, 1872-1892.

Layettes *du Trésor des Chartes.* — Ed. Teulet. — Inventaires et Documents. — Paris. 1863-1875.

Coutumes de Lectoure. — Ed. l'abbé J. J. Monlezun. Histoire de la Gascogne. t. VI. p. 79 et sq. — Auch. 1849.

Leges Alamannorum. — Ed. Lehmann. — Mon. Germ. in-4°. Legum sectio I. T. V. — Hanovre. 1888.

Leges Burgundionum. — Ed. De Salis. — Mon. Germ. in-4°. Legum sectio I. T. II. — Hanovre. 1892.

Leges Alamannorum : Baiuwariorum : Burgundionum : Frisionum. — Mon. Germ. in-fol. éd. Pertz. Legum t. III. — Hanovre. 1863.

Leges Langobardorum. — Mon. Germ. in-fol. éd. Pertz. Legum t. IV. — Hanovre. 1868.

Leges Saxonum. — Mon. Germ. in-fol. éd. Richthofen. Legum t. V. — Hanovre. 1875.

Lex Francorum Chamavorum, éd Sohm ; Lex Ribuaria. éd. Sohm ; Lex Thuringorum. éd. Richthofen.— Mon. Germ. in-fol. Legum t. V. — Hanovre. 1875-1889.

Lex Romana Wisigothorum. — Ed. Hœnel. — Leipzig. 1849.

Legis Romanæ Wisigothorum *Fragmenta* ex codice palimpsesto Sanctæ Legionepsis Ecclesiæ. — Ed. Académie royale espagnole d'histoire. — Madrid. 1896.

Lex Salica. — Ed. Pardessus. — Paris, 1843.

Lex Salica. — Ed. Hessels et Kern. — Londres, 1880.

Lex Salica. — Ed. Behrend. 2e éd. — Weimar, 1897.

Lex Wisigothorum. — Ed. Walter. *Corpus juris germanici antiqui.* t. I. p. 415 et sq. — Berlin, 1824.

Libri feudorum. — Ed. Freiesleben. Corpus juris civilis academicum. Col. 1355 et sq. — Coloniæ Munatianæ, 1759.

Histoire ecclésiastique et civile de Lorraine. par Dom Augustin Calmet. — Nancy. 1728.

Antoine Loysel. — Institutes Coutumières. — Ed. Dupin et Laboulaye. — Paris. 1846.

Histoire analytique et chronologique des actes et des délibérations du corps et du conseil de la municipalité de Marseille. par Méry et Guindon. — Marseille. 1842-1873.

R. De Maulde. — Coutumes et Règlements de la République d'Avignon au XIIIe siècle. — Paris. 1879.

Coutumiers de Normandie. — Ed. E. J. Tardif. — Paris-Rouen. 1881-1896.

Novum Testamentum. — Ed. Jager et Tischendorf. — Paris. 1848.

Les Olim. Ed. Beugnot. — Coll. des doc. inéd. Paris. 1839-1848.

Ordonnances des rois de France de la IIIe race. Recueil dit des Ordonnances du Louvre. — Paris. 1723 et années ultérieures.

Pardessus. Diplomata. chartæ. epistolæ. leges. aliaque instrumenta ad res gallo-francicas spectantia. — Refonte de l'ouvrage de Bréquigny et La Porte du Theil. — Paris. 1843-1849.

Livre des Sentences du Parloir aux Bourgeois. -- Ed. Le Roux de Lincy. — Histoire de l'Hôtel-de-Ville de Paris. 2e partie. appendice II. p. 99 et sq. — Paris. 1846.

Pérard. — Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne. — Paris. 1664.

Coutumes de Perpignan. — Ed. Massot-Reynier. — Publications de la société archéologique de Montpellier. n° 17. — Montpellier. 1848.

Petri *exceptiones legum romanarum*. — Ed. Savigny. Histoire du droit romain au Moyen-Age. Trad Guenoux. t. IV. p. 297 et sq. — Paris. 1839.

Polyptique *de l'abbé Irminon*. — Ed. Guérard. — Paris. 1844.

Polyptique *de l'Eglise collégiale de Saint-Paul de Lyon*. — Ed. Guigue. — Lyon. 1875.

Quinque compilationes antiquæ. — Ed. Friedberg. — Leipzig. 1882.

De Rozière. — Recueil général des formules usitées dans l'Empire des Francs. — Paris. 1859-1871.

Coutumes de Saint-Gilles. — E. A. de Lamothe. — Société scientifique et littéraire d'Alais. 1872. p. 121 et sq.

Salvien. *Adversus avaritiam*. — Ed. Baluze. — Paris. 1669.

Salvien. *Epistolæ*. — Ed. François Pauly. — Corpus scriptorum ecclesiasticorum. t. VIII. — Vienne. 1883.

Lois de Simon de Montfort. — Ed. Galland. Du Franc — Aleu et origines des droits seigneuriaux. — Paris. 1637.

Spangenberg. — Juris Romani tabulæ negotiorum solemnium. — Leipzig. 1822.

C. Suetonius. C. J. Cæsar. — Ed. Lemaire. Œuvres. t. I. — Paris. 1828.

Symmachi *Epistolæ*. — Leyde. 1653.

C. C. Tacitus. Annales. - Ed. Lemaire. Œuvres. t. I et II. — Paris. 1819.

C. C Tacitus. — De situ. moribus. et populis Germaniæ. — Ed. Lemaire. Œuvres. t. IV. — Paris, 1820.

Testament *du diacre Adalgise* — Ed. l'abbé Clouet. Mémoires de la société philomathique de Verdun. t. III. 1846. p. 329 et sq.

Thévenin. — Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques Mérovingienne et Carolingienne. Institutions privées. — Paris. 1887.

Coutumes de Toulouse. — Ed. Ad. Tardif. — Paris. 1884.

Varin. — Archives administratives de la ville de Reims. — Archives législatives de la Ville de Reims. — Coll. des doc. inéd. — Paris. 1839-1853.

Vetus Testamentum. — Ed. Jager. — Paris, 1845.

West Haddan et Stubbs. — Councils and ecclesiastical documents relating to Great Britain and Ireland. — Oxford. 1869-1878.

Yve de Chartres. — Opera omnia. — Paris, 1647.

Yve de Chartres. — Panormia. sive liver decretorum. — Ed. Sébastien Brandt (expensis Michaelis Furter). — 1499.

II

Ouvrages modernes.

BARON. — Pandekten. 9ᵉ éd. — Leipzig, 1896.

BEAUCHET. — Origines de la Juridiction ecclésiastique et son développement en France jusqu'au XIIᵉ siècle. N. R. H. t. VII. 1883. p. 387 et sq.; 503 et sq.

BEAUNE. — Droit coutumier français ; la condition des biens. — Paris-Lyon. 1886.

BEAUNE. — Droit coutumier français : la condition des personnes. — Paris-Lyon. 1882.

BEAUNE. — Introduction à l'étude historique du droit coutumier français. — Paris-Lyon. 1880.

BESELER. — Die Lehre von den Erbverträgen. — Göttingen. 1835.

BLUHME. — Ueber die Bekräftigungsformeln der Rechtsgeschäfte. Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. de Bekker et Muther. t. III. — Leipzig, 1859.

Georg-Ludwig BÖHMER. — Observationes juris canonici. 1ʳᵉ éd., 1766; 2ᵉ éd., 1791. (Rare en France). — A consulter : Observatio IV, de origine jurisdictionis ecclesiasticæ in causis testamentariis ; éd. de 1766, p. 105 et sq.

BOISSONADE. — Histoire de la Réserve héréditaire. — Paris, 1873.

BORDIER. — Commentaire sur un document relatif à quelques points de la coutume de Paris. Bibl. de l'éc. des chartes, 2ᵉ série. t. I, p. 396 et sq. — Paris, 1844.

BRÉAL *et* BAILLY. — Dictionnaire étymologique latin. 2ᵉ éd. — Paris. 1886.

BRUNNER. — Deutsche Rechtsgeschichte. Coll. Binding. — Leipzig. 1887-1892.

BRUNNER. — Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes. — Stuttgart. 1894.

BRUNNER. — Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde. — Berlin. 1880.

E. Champeaux. — Essai sur la Vestitura ou saisine, et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français. — Thèse de doctorat. — Paris, 1898.

Collinet. — Testament de Longinus Castor. — N. R. H., t. XVIII, 1894, p. 573 et sq.

Cuq. — Les Institutions juridiques des Romains. L'ancien droit. — Paris, 1891.

Esmein. — Cours élémentaire d'histoire du droit français. — 3e éd. Paris, 1898.

Esmein. — Etude sur les contrats dans le très ancien droit français. — Paris, 1883.

Esmein. — Le testament du mari et la donatio ante nuptias. — Mélanges d'histoire du droit et de critique. — Paris, 1886.

Esmein. — Nouveaux fragments de l'édit d'Euric. — N. R. H., t. XIII, 1889, p. 428 et sq.

*D'*Espinay. — De l'influence du droit canonique sur la législation française. — Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse: t. V, 1856, livraison supplémentaire.

*D'*Espinay. — La Féodalité et le droit civil français. — Recueil de l'Académie de législation de Toulouse; t. XI, 1862, livraison supplémentaire.

Marcel Fournier. — Essai sur les formes et les effets de l'affranchissement dans le droit gallo-franc. — Bibl. de l'Ec. des Hautes-Etudes, fasc. 60. — Paris, 1885.

Paul Fournier. — Les collections canoniques attribuées à Yve de Chartres. — Paris, 1897.

Paul Fournier. — Les Officialités au Moyen-Age. — Paris, 1880.

Friedberg. — De finium inter Ecclesiam et Civitatem regundorum judicio quid medii aevi doctores et leges statuerunt. — Leipzig, 1861.

Girard. — Manuel de droit romain. 2e éd. — Paris, 1898.

Giraud. — Essai sur l'histoire du droit français au Moyen-Age. — Paris, 1846.

Giraud. — Précis de l'ancien droit coutumier français. — Paris, 1852.

GIRY. — Manuel de Diplomatique. — Paris. 1894.

GLASSON. — Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre. — Paris. 1882-1883.

GLASSON. — Histoire du droit et des institutions de la France. — Paris. 1887-1896.

GLASSON. — Le droit de succession dans les lois barbares. — N. R. H., t. IX. 1885. p. 585 et sq.

GNEIST. — Die formellen Verträge des neueren römischen Rechts. — Berlin. 1845.

GUIZOT. — Histoire de la civilisation en France. 15ᵉ éd.

Julien HAVET. — Les découvertes de Jérôme Vignier. — Œuvres. T. I : questions mérovingiennes. — Paris. 1896.

De HÉRICOURT. — Les Loix Ecclésiastiques de France. — Paris. 1771.

HEUSLER. — Institutionen des deutschen Privatrechts. — Coll. Binding. — Leipzig, 1885-86.

HUSCHKE. — Die Multa und das Sacramentum. — Leipzig. 1874.

JARRIAND. — Histoire de la Novelle 118. — Thèse de doctorat. — Paris. 1889.

KUNTZE. — Cursus des Römischen Rechts. 2ᵉ éd. — Leipzig. 1879.

LA FERRIÈRE. — Histoire du droit civil de Rome et du droit français. — Paris, 1847-1858.

De LAURIÈRE. — Glossaire du droit français. Ed. Favre. — Niort. 1882.

De LAURIÈRE. — Traité des institutions et des sustitutions contractuelles. — Paris, 1715.

LEFAS. — L'adoption testamentaire à Rome. N. R. H., t. XXI. 1897 ; p. 721 et sq.

Henri LE FORT. — Des exécuteurs testamentaires. — Thèse de licence. — Genève, 1878.

LŒNING. — Geschichte des deutschen Kirchenrechts. — Strasbourg. 1878.

E. LOUIS. — Des effets de la « professio monastica » quant aux droits du patrimoine. — Thèse de doctorat. — Paris. 1896.

LUCHAIRE. — Manuel des Institutions françaises. Période des Capétiens directs. - Paris. 1892.

MAYNZ. — Cours de droit romain. 5e éd. — Bruxelles, 1892.

MOMMSEN. — Aegyptisches Testament vom Jahre 189 n. Chr. — Sitzungsberichte der Academie der Wissenschaften zu Berlin. t. III. 1894. p. 47 et sq.

De MONTALEMBERT. — Les moines d'Occident. 6e éd. — Paris. 1878.

PAPPENHEIM. - Launegild und Garethinx. Untersuchungen zur deutschen Staats = und = Rechtsgeschichte. de Gierke. XIV. — Breslau. 1882.

PERTILE. — Storia del diritto italiano. 2e éd. — Turin. 1891-1898.

POISNEL. — Recherches sur l'abolition de la ***vicesima hereditatis***. — Ecole Française de Rome. Mélanges d'archéologie et d'histoire. 1883. p. 312 et sq.

POLLOCK *et* MAITLAND. — The history of english law before the time of Edward I. — Cambridge. 1895.

RAYNOUARD. — Lexique roman. — Paris. 1840.

REGELSBERGER. — Pandekten. — Coll. Binding. — T. I. Leipzig, 1893.

Jules ROY. — Conférence de Vincennes et conflits de Juridiction. Bibl. de l'Ec. des Hautes Etudes, Mélanges Renier. Fasc. 73. — Paris. 1887.

De SAVIGNY — Histoire du droit romain au Moyen-Age. Trad. Guenoux. — Paris. 1839.

SCHUPFER. — Launegildo e garethinx. — A proposito dell' opera di M. Pappenheim. — Archivio giuridico, t. XXXI, 1883, p. 507 et sq.

SOHM. — Die geistliche Gerichtsbarkeit im fränkischen Reich. Zeitschrift für Kirchenrecht de Dove et Friedberg. t. IX, 1870. p. 193 et sq.

STOBBE. — Ueber die Salmannen. Zeitschrift für Rechtsgeschichte de Rudorf. T. VII. — Weimar. 1868.

STOUFF. — De formulis secundum legem Romanam. Thèse pour le Doctorat ès lettres. — Paris. 1890.

STOUFF. — Etude sur le principe de la personnalité des lois. — Paris. 1894.

THÉVENIN. — Contributions à l'histoire du droit germanique. — N. R. H., t. IV. 1880. p. 69 et sq.

Karl THOMAS. — Das Kanonische Testament. Historisch-dogmatische Studie. — Leipzig. 1897.

Louis THOMASSIN. — Ancienne et nouvelle discipline de l'Eglise. — Paris. 1725.

TROPLONG. — De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains. — Paris. 1843.

Paul VIOLLET. — Histoire du droit civil français. 2e éd. du Précis de l'Histoire du droit français. — Paris. 1893.

Paul VIOLLET. — Histoire des institutions politiques et administratives de la France. — Paris. 1890-1898.

WAITZ. — Das alte Recht der Salischen Franken. — Kiel. 1846.

WINDSCHEID. — Lehrbuch des Pandektenrechts, 6e éd. — Francfort. 1887.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Pages.

I. Esprit de l'ouvrage. — Le mot Evolution. — La méthode. 1

II. Objet de l'ouvrage. — Définition du testament. — Caractères juridiques du testament 5

III. Limites de l'ouvrage. — Limites dans l'espace; exclusion du droit comparé. — Limites dans le temps ; division en parties, en titres, en chapitres 10

PREMIÈRE PARTIE

Les origines.

Éléments Romains et Germaniques.

La Gaule avant la conquête de César. — Romanisation de la Gaule — Le christianisme. - Les invasions barbares. — La personnalité des lois 15

TITRE I

Le testament des Gallo-Romains.

Personnes vivant selon la loi romaine. - Sources 21

CHAPITRE I

Formes des testaments

e Formalisme 27

I. Testaments publics : il n'y en a pas. — Pas de *testamentum principi oblatum*. — Pas de *testamentum apud acta conditum* 28

. Formes privées. — Testament écrit solennel. — Testament oral (*nuncupatio*). — Testament olographe 33

Pages

III. Formes anormales. — Testament militaire. — Partage d'ascendant. — Testament conjonctif................. 45
IV. Enregistrement des testaments (*apertura tabularum, alligatio gestis*).. 50
V. Révocation. — Altération du *codex testamenti*. — Confection d'un nouveau testament. — Péremption par 10 ans. 53

Chapitre II

De l'Institution d'héritier.

Formalisme interne et formalisme externe.................... 57
I. Nécessité de l'institution d'héritier. — Modalités. *Semel heres, semper heres.* — *Nemo, partim testatus, partim intestatus, decedere potest.* — Pluralité d'institués. — Substitutions...................................... 58
II. Capacité de l'héritier institué. — *Personæ incertæ* : postumes, personnes civiles. — Indignité................. 61
III. Division des héritiers en *extranei, necessarii, sui.* — Nécessité d'instituer ou d'exhéréder les *sui* ou les *liberi*... 64

Chapitre III

Legs et fidéicommis.

Caractères communs des legs et des fidéicommis.............. 70
I. Les legs. — Conditions de forme : actes susceptibles de contenir un legs ; codicilles. Place d'un legs dans un testament. Rédaction. Révocation. — Les 4 classes de legs. — La Falcidie.. 70
II. Les fidéicommis. — Caractères distinctifs des fidéicommis. — Qui peut être grevé de fidéicommis. — Conditions de forme : actes susceptibles de contenir un fidéicommis ; fidéicommis *per epistolam*. Révocation. Enregistrement. — Clause codicillaire. — Effets des fidéicommis. — Fidéicommis à titre particulier. — Legs partiaires et fidéicommis d'hérédité. Sénatus-consultes Pégasien et Trébellien. — Substitutions fidéicommissaires......... 78



Chapitre IV

Clauses accessoires du testament.

Pages.

Pouvoir de réglementation générale reconnu au testament..... 88

I. Nominations de tuteurs... 88

II. Affranchissements testamentaires. — *Directa libertas.* — *Libertas fideicommissa.* — Loi *Fufia Caninia*........ 89

III. Règlements funéraires................................ 92

IV. Textes où l'on a cru voir le prototype des exécuteurs testamentaires. — Digeste. — Testament de Longinus Castor. — Papyrus de Ravenne...................... 92

Chapitre V

Exercice et limites du droit de tester

Principe de liberté.. 98

I. Incapacités. — Incapacités naturelles — Incapacités sociales. — Incapacités politiques. — Incapacités familiales. — Capacité des clers et des moines. — Incapacités pénales.. 98

II. *Officium pietatis* et Légitime. — Cercle des légitimaires. — Exhérédation. — Calcul de la Légitime. — *Querela inofficiosi* et action en complément de la quarte. — Fins de non-recevoir.................................. 101

III. Restrictions spéciales à la liberté de tester. — Testament des affranchis. — Testament des curiales. — Testament des père et mère naturels. — Testament du père ou de la mère survivant à son conjoint.................... 108

Chapitre VI

Fonction du testament — Compétence en matière testamentaire.

Relations entre l'inspiration des testaments et les règles de compétence.. 117

I. Compétence des juridictions laïques en matière testamentaire.. 119

II. Inspiration des testaments. — La doctrine chrétienne de l'aumône. — Exhortations des Pères. — Résistances des héritiers et des disposants. — Règlements de sépulture. 121

TITRE II

Les Institutions Barbares.

Pages

Personnes vivant selon les coutumes germaniques. — Sources.. 129

CHAPITRE I

Absence de testament chez les Germains.

Nullum testamentum. — Incompatibilité de l'institution testamentaire avec la civilisation germanique primitive........... 133

I. Les Leges. — Principe général : non-usage du testament. — Le mot *testamentum* dans les Leges 134

II. Les Leges. — Admission exceptionnelle du testament : les Burgondes : — les Wisigoths ; — les Bavarois. — Examen des pratiques lombardes............................ 135

CHAPITRE II

Les Equivalents du testament

Nécessité et usage d'actes économiquement à cause de mort, bien que juridiquement entre-vifs 146

I. Partage d'ascendant Burgonde 147

II. Affatomie franke. — Formalités saliques. — Effets de l'affatomie : *adoptio in hereditate*. — Date de la transmission définitive au bénéficiaire. — Nature du droit du gratifié. — Situation juridique du salmann. — Raison d'être du salmann 147

III. Thinx lombard. — Formalités. — Effets du thinx : institution d'héritier. — Discussion de l'opinion qui distingue un thinx entre-vifs et un thinx à cause de mort. — Nature du droit du gratifié : assimilation de sa situation avec celle d'un fils. — Identité de nature entre l'affatomie et le thinx.... 159

CHAPITRE III

Du Droit de disposer en vue de la mort.

La copropriété familiale................................ 167

I. La copropriété de famille et le *nullum testamentum*..... 168

Pages.

II. Du droit de disposer d'après les Leges qui consacrent le testament 169

III. Du droit de disposer : par partage d'ascendant chez les Burgondes ; — par affatomie chez les Francs ; — par thinx chez les Lombards. — Des libéralités préciputaires..... 171

PARALLÈLE

Entre les Institutions Germaniques et Romaines

L'individualisme romain et le communisme familial des Germains 173

SECONDE PARTIE

L'Evolution Franke.

Personnalité des Lois. — Sources 175

TITRE I

Developpement des dispositions à cause de mort dans le droit barbare.

Mise en œuvre des principes germaniques. — Influence des notions romaines 181

CHAPITRE I

Inspiration des Dispositions intuitu mortis.

Mélange de sentiments religieux et profanes 182

I. Importance des dispositions pieuses 182

II. Dispositions profanes. — Confirmation de vocations héréditaires préexistantes. — Additions au système légal de dévolution. — Dispositions préciputaires. — Rappel à succession des filles et des petits-fils d'un fils prédécédé. — Expédients des affranchis 185

Chapitre II

Technique juridique des actes intuitu mortis.

Pages

Multiplicité des expédients tendant à éluder le *nullum testamentum* 193

I Intervention spéciale du prince 193

II. Usage des donations entre-vifs. — Variété des donations sous réserve de jouissance. — Affranchissements posthumes. — Confirmation des donations ou affranchissements. — Donations par l'intermédiaire du roi 195

III. Déviations de l'affatomie : forme : — objet : — effets : — conditions 204

IV. Donations par salmann. — Le mot salmann. — Droit réel du salmann. — Devoirs du salmann. — Sanction de ses obligations 209

V. *Hereditoriæ*. — Forme et rédaction : *epistolæ*. — Rappel des filles à succession. — Rappel des *nepotes* 215

VI. Diffusion du testament parmi les Barbares. — Le mot *testamentum*. — Causes qui expliquent le succès du testament dans les milieux Barbares. — Imitations et déformations du testament par les Barbares 220

TITRE II

Décomposition du testament Romain.

Désagrégation de la technique romaine. — Influence des notions germaniques 231

Chapitre I

Formes des testaments.

Simplification et unification des formes anciennes 233

I. Formes normales. — Testament écrit. Nombre et rôle des témoins. Style des praticiens. La *stipulatio subnixa*. — Testament oral. — Testament olographe 233

II. Formes anormales. — Testament militaire. — Partage d'ascendant. — Testament conjonctif. — Légitimation par institution d'héritier 251



Page

III. Enregistrement. — Organisation de la formalité d'après la *Lex Wisigothorum*. les *Epitome* et la pratique franke. — Disparition de l'enregistrement....................

IV. Révocation..

CHAPITRE II

Règles de fond.

Invasion et triomphe des concepts germaniques............... 268

I. Disparition de l'institution d'héritier. — Grandeur et décadence de l'institution.— Les formules d'exhérédation. — La clause codicillaire.............. 268

II. Legs et fidéicommis. Altération de la nature juridique des actes à cause de mort. — Les legs et fidéicommis d'après les *epitome*. — Fidéicommis *per epistolam*. — Passage graduel de l'acte à cause de mort à l'acte entre-vifs. — Triomphe exclusif au Nord de l'acte entre-vifs. — Persistance au Midi du principe testamentaire 275

III. Legs et fidéicommis. Violations effectives des actes à cause de mort. — Brigandages des grands et des rois. Hypothèse de M. Esmein sur un droit royal de confirmation des testaments. — Contestations soulevées par les héritiers. — Précautions contre les coups de force. — Intervention des conciles. — Clauses comminatoires. — Amende testamentaires. — Mesures préventives........ 290

IV. Origines des exécuteurs testamentaires. - Raison d'être de leur rôle. - Théories contradictoires. — Antécédents romains : *prosecutores* et mandataires posthumes. — Inventions barbares : les salmanns. — Personnages similaires des pays du Midi.............................. 307

V. Clauses accessoires. — Disparition des nominations de tuteur. — Affranchissements à cause de mort. — Règlements de sépulture................................ 319

CHAPITRE III

Exercice et limites du droit de tester.

Conflit des principes et incohérence de l'évolution............. 324

I. Incapacités. — Impossibilité de suivre l'histoire de toutes les incapacités. — Situation des *manumissi*. des *servi*, des *mancipia*. — Capacité des clercs et des moines 324

Pages

II. Disponible. — Pénétration réciproque des idées romaines et germaniques. — La légitime. — Système de la *Lex Wisigothorum*. — Lutte confuse de principes opposés. Succès temporaire du principe de liberté. — Protestations des héritiers. — La *laudatio* des proches.. 331

CHAPITRE IV

Fonction du testament. — Compétence en matière testamentaire.

Puissante action de l'esprit chrétien sur le contenu des libéralités *in extremis*. — Réaction faible encore sur les règles de compétence 346

I. Inspiration des actes rédigés en vue de la mort. — Importance croissante du sentiment chrétien. — Disparition progressive des dispositions profanes. — Développement constant des dispositions pieuses : affranchissements, aumônes. — L'aumône complément de la dernière confession. — Les Intestats. — Charité et humilité 347

II. Règles de compétence. — Compétence en principe des juridictions laïques. — Connexion des pouvoirs temporel et spirituel. — Exécution des testaments. — Juridiction gracieuse. — Juridiction contentieuse. — Législation.. 355

PARALLÈLE

Entre l'évolution germanique et l'évolution romaine.

Décadence du romanisme. — Francisation du Nord de la Gaule. 361

TROISIÈME PARTIE

L'Evolution canonique et féodale.

Territorialité des coutumes. — Sources........................ 365

TITRE I

Formation du testament canonique et coutumier.

Transformation de la technique autour d'une inspiration religieuse identique 371

Pages.

CHAPITRE I

'onction du testament. - Compétence en matière testamentaire.

'actère religieux des actes inspirés par la pensée de la mort. - Conséquences 373

Inspiration des actes rédigés en vue de la mort.—Enthousiasme chrétien. — Restitutions.— Payement des dettes. — Réapparition tardive des clauses profanes. — Relations de l'aumône et de la confession *in extremis*. — Les *déconfès*. — Répression des abus. — Destination des legs pieux : *portio canonica* 373

Règles de compétence. — Fixation de la date à laquelle les cours d'Eglise deviennent compétentes en matière d'actes à cause de mort : examen des textes canoniques officiels; examen des chartes concrètes. - Compétence concurrente des tribunaux laïques 384

CHAPITRE II

Nature juridique des dispositions intuitu mortis.

mot *testamentum* 399

Donations diversement modifiées. — Donations pures et simples. — Donations sous réserve de jouissance. — Institutions contractuelles 402

Libéralités *in extremis*. — Nature des aumônes consenties au lit de mort : prétendus « legs pieux »; actes entre-vifs 406

Les exécuteurs aux xe et xie siècles. — Deux types d'exécuteurs. — Mandataires posthumes. Origine de ces personnages. — *Guadiatores* investis d'un droit réel. Successeurs des salmanns. — Disparition du second type. 412

Renaissance du principe testamentaire. — Transformation des donations sous réserve de jouissance. — Influence des Croisades. — Apparition et développement des actes à cause de mort proprement dits. — Action des juridictions ecclésiastiques 422

Les exécuteurs après le xie siècle. — Nomination des exécuteurs par acte de dernière volonté. — Reconnaissance des exécuteurs par le droit canonique. — Rapports de

Pages.

fait des exécuteurs avec les biens soumis à exécution. — Obligations des exécuteurs. — Sanctions. — Pouvoirs des évêques. — Exécution légale 431

VI. Attachement persistant aux opérations entre-vifs. — Fondations d'anniversaires. — Règlements de sépulture.... 436

CHAPITRE III

Formes des testaments.

Variété de forme des opérations suppléant le testament. — Etude des formes du testament 440

I. Testament canonique. — *In ore duorum vel trium testium stet omne verbum.* — Mise en œuvre du précepte. — Présence du curé obligatoirement imposée. — *Publicatio* 441

II. Testament par acte public. — Testament par déclaration au tribunal ecclésiastique. — Testament portant le sceau d'un seigneur souverain 449

III. Diplomatique. — Rôle des témoins. — *Stipulatio subnixa.* — Clauses comminatoires 451

CHAPITRE IV

Exercice et Limites du droit de tester.

Liberté favorisée par l'influence canonique, contrariée par les tendances féodales et germaniques 457

I. Incapacités. — Résumé d'Yve de Chartres. — Prescriptions canoniques. — Incapacité des condamnés. — Incapacité des serfs. — Situation des affranchis. — Capacité des clercs. — Incapacité des moines 457

II. Le disponible. — Les limitations féodales. — Indisponibilité primitive des fiefs et autres tenures viagères. — Introduction progressive du principe de patrimonialité.. 461

III. Le disponible. — Les limitations familiales. — *Laudatio* des proches aux aliénations durant les xe et xie siècles. — Nature et portée de cette intervention. — Exclusion de la règle exigeant chez les donataires un certain degré de vigueur physique. — Apparition des legs. Fixation d'un disponible précis 466

TITRE II

Evolution du testament méridional.

Pages

Maintien constant au Midi du principe testamentaire sous une technique modifiée 481

CHAPITRE I

Fonction du testament. — Compétence en matière testamentaire.

Caractère religieux moins accentué qu'au Nord 482
I. Inspiration des testaments. — Régularité des legs pieux. Développement des dispositions profanes. — Organisation du droit d'aînesse 483
II. Compétence des juridictions ecclésiastiques. — Importance de la compétence concurrente des juridictions laïques... 485

CHAPITRE II

Règles de fond.

Prépondérance du testament à côté d'actes de technique variée. 488
I. Institution d'héritier. — Noms divers des actes à cause de mort. — Restauration de l'institution d'héritier après la renaissance du droit romain. — Quartes Falcidie, Pégasienne et Trébellienne 489
II. Clauses féodales. — Substitutions et clauses d'inaliénabilité. 495
III. Exécuteurs testamentaires. — Noms divers des exécuteurs. — Notion du mandat posthume. — Rapports de fait des exécuteurs avec les biens soumis à exécution 502
IV. Clauses accessoires. — Nominations de tuteurs. Protection des héritiers et des biens successoraux. — Règlements de sépulture 508

CHAPITRE III

Règles de forme.

Antagonisme entre le formalisme romain et la simplicité canonique 512
I. Formes romaines. — Témoins. — Détail des solennités. — Diplomatique. Clauses comminatoires. Clause codicillaire. 513

Pages

II. Formes canoniques 518
III. *Publicatio* 519

CHAPITRE IV

Exercice et limites du droit de tester.

Principe de liberté testamentaire 522
I. Incapacités. — Similitude du système méridional et du système septentrional. — Le *Brachylogus* et les *Exceptiones Petri*. — La *patria potestas* 522
II. Le disponible. — Limitations féodales et coutumières. — Introduction et développement du principe de patrimonialité des fiefs et autres tenures. Infiltrations coutumières au Sud-Ouest. Lois de Simon de Montfort 527
III. Le disponible. — La légitime 532

PARALLÈLE

Entre l'évolution septentrionale et l'évolution méridionale.

Antinomie essentielle, au point de vue testamentaire, du Nord et du Midi. — Multiplicité des ressemblances secondaires 539

QUATRIÈME PARTIE

Le siècle de saint Louis.

Mouvement doctrinal intense. — Sources 541

TITRE I

Le testament coutumier.

Systématisation des principes coutumiers 549

CHAPITRE I

Fonction du testament. — Compétence en matière testamentaire.

Soumission du testament à la direction de l'Eglise 551

Pages

I. Inspiration des testaments. — Prépondérance du sentiment chrétien. — Réparation des torts. Payement des dettes. Aumônes. — Rapports du testament et de la confession *in extremis*. — Les intestats........................ 551

II. Règles de compétence. — Compétence des juridictions ecclésiastiques. — Compétence concurrente des juridictions laïques. — Système de Beaumanoir............. 560

Chapitre II

Règles de Fond.

Existence de l'acte à cause de mort proprement dit. — Développement limité par une antipathie populaire invincible 565

I. Absence de l'institution d'héritier........................ 566

II. Exécuteurs testamentaires. — Nomination des exécuteurs. — Nature juridique de l'exécution. Représentation du défunt par les exécuteurs. — Mandat réel. Le mandat. La saisine. — Activité des exécuteurs. — Reddition des comptes. — Capacité requise pour être exécuteur. — Surveillance des exécuteurs. Exécution légale.......... 569

III. Les legs. — Legs conditionnels. — Legs de la chose d'autrui 591

IV. Attachement persistant aux opérations entre vifs. — Fondations d'anniversaires................................ 594

Chapitre III

Formes des testaments.

Résumé de Beaumanoir.. 596

I. Testament par témoins. — Mise en œuvre des principes canoniques. — Présence du curé. — *Publicatio*........ 596

II. Testament scellé. — Sceaux privés. — Sceau authentique. Testament par ministère d'official..................... 600

III. Diplomatique. — Les témoins. — Style des tabellions. — Protection des pouvoirs temporel ou spirituel. — Promesses des héritiers................................ 602

IV. Révocation. — Révocation expresse. — Révocation tacite. 605

CHAPITRE IV

Exercice et limites du droit de tester.

Pages

Importance de la réglementation du droit de tester........... 608

I. Incapacités. — Énumération de Beaumanoir. — Situation des serfs: — des bâtards: — des époux ; — de la femme mariée.. 608

II. Le disponible. — Limitations féodales. — Règles de transmission des fiefs et autres tenures. Démembrement des fiefs.. 615

III. Le disponible. — Limitations familiales. — Réserves coutumières. — Libéralités préciputaires. — Légitime. — Appréciation de la réglementation coutumière du droit de tester.................... 619

TITRE II

Le testament des Pays de droit écrit.

Continuation des traditions antérieures 631

CHAPITRE I

Fonction du testament. — Compétence en matière testamentaire.

Pacification générale.. 632

I. Inspiration des actes à cause de mort. — Mélange des sentiments religieux et profanes........................ 632

II. Règles de compétence. — Analogie des principes méridionaux et septentrionaux........................... 635

CHAPITRE II

Règles de fonds.

Juxtaposition des créations romaines et coutumières.......... 637

I. Institution d'héritier................................ 637

Pages.

II. Exécuteurs testamentaires. — Noms divers des exécuteurs. — Nature juridique de l'exécution testamentaire. Mandat posthume. Théorie de l'exécuteur *vice fideicommissarii*. — Détails d'organisation. — Surveillance des exécuteurs. — Exécution légale 641
III. Clauses accessoires. — Nominations de tuteurs. — Règlements de sépulture 647

CHAPITRE III

Règles de forme.

Exigences rigoureuses des romanistes 649
I. Testament romain. — Testament par acte public. — Testament solennel. — Testament nuncupatif. — Diplomatique 649
II. Codicilles. — Formes canoniques 653
III. *Probatio* 656
IV. Révocation. — Révocation de l'institution d'héritier. — Révocation des legs et autres dispositions 656

CHAPITRE IV

Exercice et limites du droit de tester.

Liberté romaine modifiée par des influences diverses 660
I. Incapacités. — Énumération de Guillaume Durant. — Les *servi*. — Les fils de famille 660
II. Le disponible. — Limitations féodales. — Disparition progressive des inaliénabilités féodales 663
III. Le disponible. — Limitations familiales. — La légitime. — Systèmes divers des coutumes du Sud-Ouest 665

PARALLÈLE

Entre les institutions septentrionales et méridionales.

Relations du régime testamentaire avec les sentiments profonds des populations du Nord et du Midi 671

CONCLUSION

Pages.

Courants directeurs de l'évolution testamentaire, et plus généralement de l'histoire du droit français.................... 675

Appendice.......... 679

Index bibliographique 743

A. ROUSSEAU, Imprimeur-Éditeur, Paris.

